

المعاني

تأليف
الشيخ الأمام العلامة ابن قدامة
المتوفى سنة ٦٣٠ هـ
وتأليفه

الشرح الكبير

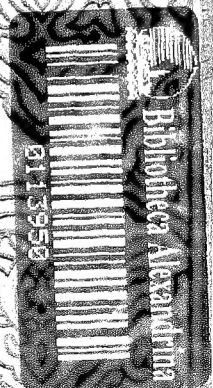
تأليف
الشيخ الأمام ابن قدامة المقدسي
المتوفى سنة ٦٨٢ هـ

الجزء السادس

الكتاب المطبوع

في دار المطبعة

المعاني
الشرح الكبير
الجزء السادس



المغني

تأليف الشيخ الامام العلامة موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المتوفي سنة ٥٦٣٠ هـ
على مختصر الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الحرقي المتوفي سنة ٥٣٣٤ هـ

ويليه

الشرح الكبير

على متن المغني ، تأليف الشيخ الامام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن احمد
بن قدامة المقدسي المتوفي سنة ٦٨٢ هـ كلاهما على مذهب امام الأئمة (أبي عبد الله احمد بن محمد بن
حنبل الشيباني) مع بيان خلاف سائر الأئمة وأدلتهم رضي الله عنهم

الجزء الثاني

(تنبيه) وضعنا كتاب المغني في أعلى الصفحات والشرح الكبير في أدناها مفصلاً بينهما بخط عرضي

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الاجارات

الاصل في جواز الاجارة الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) وقال تعالى قالت (إحداهما يا أبت استأجره إن خير من استأجرت القوي الأمين قال أني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج فان أتممت عشر أفن عندك) وروى ابن ماجه في سننه عن عتبة بن النذر قال كنا عند رسول الله ﷺ فقرأ (طس) حتى إذا بلغ قصة موسى قال « إن موسى عليه السلام أجر نفسه ثماني حجج أو عشرًا على عفة فرجه وطعام بطنه » وقال الله تعالى (فرجدها جدارا يفردان) ينقض فاقامه قال لوشئت لا نتخذت عليه أجرًا) وهذا يدل على جواز أخذ الاجرة على إقامته وأما السنة فنثبت أن رسول الله ﷺ وأبا بكر استأجرا رجلا من بني الدليل هاديا خريتا. وروى البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال « قال الله عز وجل ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة : رجل

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(باب الاجارة)

والاصل في جوازها الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) وقال تعالى ، قالت إحداهما يا أبت استأجره إن خير من استأجرت القوي الأمين * قال أني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج) وروى ابن ماجه في سننه عن عتبة بن النذر قال : كنا عند رسول الله ﷺ فقرأ (طس) حتى إذا بلغ قصة موسى قال « ان موسى عليه السلام أجر نفسه ثماني حجج أو عشرًا على عفة فرجه وطعام بطنه » ، وقال الله تعالى (قال لو شئت لا نتخذت عليه أجرًا) وهذا يدل على جواز أخذ الاجرة على إقامة الجدار وأما السنة فنثبت أن النبي ﷺ وأبا بكر استأجرا رجلا من بني الدليل هاديا خريتا. وروى البخاري عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال « قال الله عز وجل ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة : رجل

أعطى بي ثم غدر ورجل باع حراً فأكل ثمنه ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره ، والاختبار في هذا كثيرة . واجمع أهل العلم في كل عصر وكل مصر على جواز الاجارة إلا ما يحكي عن عبد الرحمن بن الأصم أنه قال لا يجوز ذلك لأنه غرر يعني أنه يعقد على منافع لم تخلق وهذا غلط لا يمنع انعقاد الاجماع الذي سبق في الاعصار . وسائر الامصار ، والعبرة أيضاً دالة عليها فإن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الاعيان فلا جاز العقد على الاعيان وجب أن تجوز الاجارة على المنافع ، ولا يخفى ما بالناس من الحاجة إلى ذلك فإنه ليس لكل أحد دار يملكها ولا يقدر كل مسافر على بيع أو دابة يملكها ولا يلزم أصحاب الاملاك إسكانهم وحملهم تطوعاً ، وكذلك أصحاب الصنائع يعملون باجر ولا يمكن كل أحد عمل ذلك ولا يجد متطوعاً به فلا بد من الاجارة لذلك بل ذلك مما جعله الله طريقاً للرزق حتى إن أكثر المكاسب بالصنائع ، وما ذكره من الغرر لا يلتفت اليه مع ما ذكرنا من الحاجة فإن العقد على المنافع لا يمكن بعد وجودها لأنها تلف بمضي الساعات فلا بد من العقد عليها قبل وجودها كالمسلم في الاعيان

(فصل واشتقاق الاجارة من الاجر وهو العوض قال الله تعالى (لو شئت لأتخذت عليه أجراً) ومنه سمي الثواب أجراً لأن الله تعالى يعرض العبد به على طاعته أو صبره عن مصيئته

(فصل وهي نوع من البيع لأنها تملك من كل واحد منهما لصاحبه فهي بيع المنافع والمنافع بمنزلة الاعيان لأنه يصح تملكها في حال الحياة وبعد الموت وتضمن باليد والاتلاف ويكون عوضها عيناً ودنئاً ، وإنما اختلفت

أعطى بي ثم غدر ، ورجل باع حراً فأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره ، واجمع أهل العلم في كل عصر على جواز الاجارة إلا ما يحكي عن عبد الرحمن بن الأصم أنه قال : لا يجوز ذلك لأنه غرر يعني أنه يعقد على منافع لم تخلق . وهذا غلط لا يمنع انعقاد الاجماع الذي سبق في الاعصار وسائر الامصار . والعبرة أيضاً دالة عليها فإن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الاعيان فلما جاز العقد على الاعيان وجب أن تجوز الاجارة على المنافع ، ولا يخفى حاجة الناس إلى ذلك فإنه ليس لكل أحد دار يملكها ولا يقدر كل مسافر على بيع أو دابة يملكها ولا يلزم أصحاب الاملاك إسكانهم وحملهم تطوعاً ، وكذلك أصحاب الصنائع يعملون باجر ولا يمكن كل أحد عمل ذلك ولا يجد متطوعاً به ، فلا بد من الاجارة لذلك بل ذلك مما جعله الله تعالى طريقاً إلى الرزق حتى إن أكثر المكاسب بالصنائع ، وما ذكره من الغرر لا يلتفت اليه مع ما ذكرنا من الحاجة فإن العقد على المنافع لا يمكن بعد وجودها لأنها تلف بمضي الاوقات فاحتيج إلى العقد عليها قبل وجودها كالمسلم في الاعيان . واشتقاق الاجارة من الاجر وهو العوض ، قال الله تعالى (قال لو شئت لأتخذت عليه أجراً) ومنه سمي الثواب أجراً لأن الله تعالى يعرض العبد به على طاعته أو صبره على مصيئته

(مسئلة) (وهي عقد على المنافع تنعقد بلفظ الاجارة والكراء وما في معناها ، وفي لفظ البيع وجهان)
الاجارة عقد على المنافع في قول أكثر العلماء منهم أبو حنيفة ومالك وأكثر الشافعية ، وذكر

باسم كما اختص بعض البيوع باسم كالصرف والسلم . اذ اثبت هذا فانها تنعقد بلفظ الاجارة والكراء لانها موضوعان لها ، وهل تنعقد بلفظ البيع ؟ فيه وجهان (أحدهما) تنعقد به لانها بيع فانهقدت بلفظه كالصرف (والثاني) لا تنعقد به لان فيها معنى خاصا فانفردت الى لفظ يدل على ذلك المعنى ولان الاجارة تضاف الى العين التي يضاف اليها البيع إضافة واحدة فاحتيج الى لفظ يعرف ويفرق بينهما كالمعقود المتباينة . ولانه عقد يخالف البيع في الحكم والاسم فاشبهه بالنكاح

(فصل) ولا تصح الا من جائز التصرف لانها عقد تملك في الحياة فاشبهه البيع

(مسألة) قال (واذا وقعت الاجارة على مدة معلومة باجرة معلومة فقد ملك المستأجر المنافع وملكت عليه الاجرة كاملة في وقت العقد الا أن يشترطا أجلا)

هذه المسئلة تدل على أحكام ستة (أحدها) أن المعقود عليه المنافع وهذا قول أكثر أهل العلم مهم مالك وأبو حنيفة وأكثر أصحاب الشافعي ، وذكر بعضهم أن المعقود عليه العين لانها الموجودة والعقد يضاف اليها فيقول أجر تلك دارتي كما يقول بعثتها

ولنا أن المعقود عليه هو المستوفى بالعقد وذلك هو المنافع دون الاعيان ولان الاجر في مقابلة المنفعة ولهذا تضمن دون العين ، وما كان العوض في مقابلته فهو المعقود عليه وإنما أضيف العقد الى

بعضهم ان المعقود عليه العين لانها الموجودة والعقد يضاف اليها فيقول أجر تلك دارتي

ولنا أن المعقود عليه هو المستوفى بالعقد وذلك هو المنافع دون الاعيان ولان الاجر في مقابلة المنفعة ولهذا تضمن دون العين وما كان العوض في مقابلته فهو المعقود عليه وإنما أضيف العقد إلى العين لانها محل المنفعة ، وكما يضاف عقد المساقاة إلى البستان والمعقود عليه الثمرة ، ولو قال أجر تلك منفعة دارتي جاز

(فصل) وهي نوع من البيع لانها تملك من كل واحد منهما لصاحبه فهي بيع المنافع والمنافع كالايمان لانها يصح تملكها في الحياة وبعد الموت وتضمن باليد والاتلاف وتكون عوضا عينا ودينا وإنما اختصت باسم كالصرف والسلم مع كونه بيعا ، فعلى هذا تنعقد بلفظ الاجارة والكراء لانها موضوعان لها ، وكذلك كل ما يؤدي معناهما لحصول المقصود به ، وهل تنعقد بلفظ البيع ؟ فيه وجهان [أحدهما] تنعقد به لانها بيع فانهقدت بلفظه كالصرف [والثاني] لا تنعقد به لان فيها معنى خاصا فانفردت إلى لفظ يدل على ذلك المعنى ، ولان الاجارة تضاف إلى العين التي يضاف اليها البيع إضافة واحدة فاحتيج إلى لفظ يعرف ويفرق بينهما كالمعقود المتباينة . ولانها عقد يخالف البيع في الحكم والاسم أشبهه بالنكاح

(فصل) ولا تصح إلا من جائز التصرف لانه عقد تملك في الحياة أشبهه البيع

العين لانها محل المنفعة ومنشؤها كما يضاف عقد المساقاة الى البستان والمعقود عليه الثمرة ولو قال أجرتك منفعة داري جاز (الثاني) أن الاجارة إذا وقعت على مدة يجب أن تكون معلومة كشهر وسنة ولا خلاف في هذا نعلمه ولأن المدة هي الضابطة للمعقود عليه المعرفة له فوجب أن تكون معلومة كعدد المكيلات فيما يعم بالكيل ، فان قدر المدة بسنة مطلقة حمل على سنة الاهلة لانها المعهودة في الشرع . قال الله تعالى (يستلونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والحج) فوجب أن يحمل العقد عليه فان شرط هلاية كان تأكيذاً ، وان قال عددية أو سنة بالايام كان له ثلاثمائة وستون يوماً لان الشهر العددي يكون ثلاثين يوماً ، وان استأجر سنة هلاية أول الهلال عد اثني عشر شهراً بالأهلة سواء كان الشهر تاماً أو ناقصاً لان الشهر الهلالي ما بين الهلالين ينقص مرة ويزيد أخرى ، وان كان العقد في أثناء شهر عد ما بقي من الشهر وعد بعده أحد عشر شهراً بالهلال ثم كل الشهر الاول بالعدد ثلاثين يوماً لانه تعذر إتمامه بالهلال فتممناه بالعدد وأمكن استيفاء ما عداه بالهلال فوجب ذلك لانه الاصل ، وحكي عن احمد رحمه الله رواية أخرى أنه يستوفى الجميع بالعدد لانها مدة يستوفى بعضها بالعدد فوجب استيفاء جميعها به كما لو كانت المدة شهراً واحداً ، ولأن الشهر الاول ينبغي أن يكمل من الشهر الذي يليه فيحصل ابتداء الشهر الثاني في أثباته فكذلك كل شهر يأتي بعده ، ولأبي حنيفة والشافعي كالروايتين ، وهكذا ان كان العقد على أشهر دون السنة ، وان جعل المدة سنة رومية أو شمسية أو فارسية أو قبطية وكان يعلمان ذلك جاز وكان له

(مسألة) (ولا تصح إلا بشروط ثلاثة (أحدها) معرفة المنفعة إما بالعرف كسكنى الدار شهر آ وخدمة العبد سنة وإما بالوصف كحمل زبرة حديد وزنها كذا إلى موضع معين أو بناء حائط يدكر طوله وعرضه وسمكه وآلته)

وجملة ذلك انه لا بد من معرفة المنفعة في الاجارة لانها المعقود عليها فاشترط العلم بها كالمبيع فان معرفته شرط في صحة البيع فكذلك معرفة المنفعة في الاجارة فان بيع المجهول لا يصح اجباجاً ، فان كان لها عرف كسكنى الدار شهراً لم يحتاج الى ذكرها لانه لا يكتفى الا لذلك فاستغني عن ذكرها كالمبيع بضمن مطلق في موضع فيه نقد معروف ، وخدمة العبد سنة كسكنى الدار لانها معلومة بالعرف . وأما إن اكتفى لحل زبرة حديد إلى موضع معين فلا بد من ذكر الوزن ههنا والمكان الذي يجمع اليه لان المنفعة انا تعرف بذلك

(مسألة) (أو بناء حائط يدكر طوله وعرضه وسمكه وآلته واجارة أرض معينة لزراع كذا أو غرس أو بناء معلوم)

وجملة ذلك انه يجوز الاستئجار للبناء ، ويقدر بالزمان والعمل ، فان قدر بالعمل فلا بد من معرفة موضعه لانه يختلف بقرب المساء وسهولة التراب ولا بد من ذكر طوله وعرضه وسمكه وآلة البناء من طين أو لبن أو آجر أو حجارة أو شيد أو غير ذلك . قال ابن أبي موسى : واذا استأجره لبناء ألف ليلة

ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً فإن الشهور الرومية منها سبعة أحد وثلاثون يوماً وأربعة ثلاثون يوماً وشهر واحد ثمانية وعشرون يوماً ، وشهور القبط كلها ثلاثون ثلاثون وزادوها خمسة أيام لتساوي سنتهم السنة الرومية، وإن كان أحدهما يجهل ذلك لم يصح لأن المدة مجهولة في حقه ، وإن أجره إلى العبد انصرف إلى الذي يليه وتعلق بأول جزء منه لأنه جعله غاية فتنتهي مدة الاجارة بأوله ، وقال القاضي لا بد من تعيين العيد فطراً أو أضحى من هذه السنة أو سنة كذا ، وكذلك الحكم إن علقه بشهر يقع اسمه على شهرين كجهدى وربيع يجب على قوله أن يذكر الاول أو الثاني من سنة كذا ، وإن علقه بشهر مفرد كرجب وشعبان فلا بد أن يبينه من أي سنة ، وإن علقه بيوم فلا بد على قوله أن يبينه من أي أسبوع ، وإن علقه بعيد من أعياد الكفار صح إذا علمه وإلا لم يصح وقد مضى نحو من هذا

(فصل) ولا يشترط في مدة الاجارة أن تلي العقد بل لو أجره سنة خمس وهما في سنة ثلاث أو شهر رجب في المحرم صح وبهذا قال ابو حنيفة ، وقال الشافعي لا يصح الا ان يستأجرها من هي في إجارته ففيه قولان لأنه عقد على ما لا يمكن تسليمه في الحال فأشبهه اجارة العين المفصولة. قال ولا يجوز أن يكثرى بغيره إلا عند خروجه لذلك

ولنا أن هذه مدة يجوز العقد عليها مع غيرها فجاز العقد عليها مفردة مع عموم الناس كالتالي تلي

في جدار أو استأجره يبني له فيه يوماً فعمل ما استؤجر عليه ثم سقط الحائط فله أجره لأنه وفي العمل فإن قال ارفع لي هذا الحائط عشرة أذرع فرفع بعضه فسقط فعليه إعادة ما سقط وإتمام ما وقعت عليه الاجارة من الذرع ، وهذا إذا لم يكن سقوطه في الاول لأن من جهة العامل فأما ان فرط أو بناء محلولاً أو نحو ذلك فسقط فعليه إعادة وغرامة ما تلف به

(فصل) ويجوز الاستئجار لتطين السطوح والحيطان وتجهيزها ولا يجوز على عمل معين لأن الطين يختلف في الرقة والغلاط ، والارض تختلف منها العالي والنازل ، وكذلك الحيطان فلذلك لم يجز الا على مدة

(فصل) وإذا استأجر داراً جاز اطلاق العقد ولم يحتاج إلى ذكر السكنى ولا صفتها لما ذكرنا ، وهذا مذهب الشافعي وأصحاب الرأي . وقال أبو ثور لا يجوز حتى يقول أبيت تحتها أنا وعبالي لأن السكنى تختلف ، ولو أكثرها ليسكنها فتزوج امرأة لم يكن له أن يسكنها معه

ولنا أن الدار لا تكثرى الا للسكنى فاستغني عن ذكره كاطلاق الثمن في بلد فيه نقد معروف والذناوت في السكنى يسير فلم يحتاج إلى ضبطه لما ذكرنا. وما ذكره لا يصح فإن الضرر لا يكاد يختلف بكثرة من يسكن وقتهم ولا يمكن ضبط ذلك فاجتزأ به بالعرف كما في دخول الحمام وشبهه ، ولو اشترط ما ذكره لوجب أن يذكر عدد السكان وأن لا يبيت عنده ضيف ولا غير من ذكره ولكن ينبغي أن يعلم صفة السائق كما يعلم ذلك فيما إذا اكترى لركوب

العقد ، وإنما تشترط القدرة على التسليم عند وجوب التسليم كالمسلم فيه ، ولا يشترط وجوده ولا القدرة عليه حال العقد ولا فرق بين كونها مشغولة أو غير مشغولة لما ذكرناه وما ذكره يطل بما إذا أجرها من المستكثري فإنه يصح مع ما ذكره . إذا ثبت هذا فإن الاجارة إن كانت على مدة تلي العقد لم يحتاج الى ذكر ابتدائها من حين العقد وإن كانت لا تلي فلا بد من ذكر ابتدائها لانه أحد طرفي العقد فاحتيج إلى معرفته كالانتهاء ، وإن أطلق فقال أجرتك سنة أو شهر أصح وكان ابتداءه من حين العقد وهذا قول مالك وأبي حنيفة ، وقال الشافعي وبعض أصحابنا لا يصح حتى يسمي الشهر ويذكر أي سنه هي فإن أحمد قال في رواية إسماعيل بن سعيد إذا استأجر أجبراً شهراً فلا يجوز حتى يسمي الشهر ولنا قول الله تعالى إخباراً عن شعيب عليه السلام على أن تأجرني ثمانني حججاً) ولم يذكر ابتداءها ولأنه تقدير بمدة ليس فيها قرينة فإذا أطلقها وجب أن تلي السبب الموجب مدة السلم والايلاء وتنفارق النذر فإنه قرينة

(فصل) ولا تتقدر أكثر مدة الاجارة بل تجوز اجارة العين المدة التي تبقى فيها وإن كثرت وهذا قول كاتبة أهل العلم إلا أن أصحاب الشافعي اختلفوا في مذهبه فمنهم من قال له قولان [أحدهما] كقول سائر أهل العلم وهو الصحيح (الثاني) لا يجوز أكثر من سنة لأن الحاجة لاندعو إلى أكثر منها ومنهم من قال له قول ثالث أنها لا تجوز أكثر من ثلاثين سنة لأن الغالب أن الاعيان لا تبقى أكثر منها وتغير الاسعار والاجر

(فصل) قد ذكرنا انه يجوز الاستئجار للخدمة كل شهر بشيء معلوم وسواء كان الاجير رجلاً أو امرأة حراً أو عبداً وهذا قال الشافعي وأبو حنيفة وأبو ثور لأنه تجوز النيابة فيه ولا يختص فاعله بكونه من أهل القرية ، قال أحمد أجبر المشاهدة بشهد الاعياد والجمعة وإن لم يشترط ذلك ، قيل له فينطوع بالركعتين قال ما لم يضرم صاحبه ، وإنما أباح ذلك لأن أوقات الصلاة مستثناة من الخدمة ولهذا وقعت مستثناة في حق المعتكف ترك معتكفه لها ، وقال ابن المبارك لا بأس أن يصلي الاجير ركعات من السنة وقال أبو ثور وابن المنذر ليس له منعه منها ، قال أحمد يجوز أن يستأجر الامة والحر للخدمة ولكن يصرف وجهه عن النظر ليست الامة مثل الحر ولا يخلو معها في بيت ولا ينظر اليها متجردة ولا الى شعرها إنما قال ذلك لأن حكم النظر بعد الاجارة كحكم قبلها و الفرق بين الحر والامة لأنهما يختلفان قبل الاجارة فكذلك بعدها

(فصل) إذا استأجر أرضاً احتاج الى ذكر ما تكثري له من غراس أو بناء أو زرع لأنها تكثري لذلك كله وضمره يختلف فوجب بيانه ، وفي اجارة الارض للزرع اختلاف ذكرناه في باب المساقاة

(فصل) ويجوز الاستئجار لضرب اللبن لما ذكرنا ويكون على مدة أو عمل فإن قدره بالعمل احتاج الى تعيين عدده وذكر كماله وموضع الضرب لأن الارض تختلف باختلافه لكون التراب في بعض الاماكن أسهل والماء أقرب فإن كان هناك قالب معروف لا يختلف جاز كما إذا كان المكيال معروفاً ، وإن قدره بالطول

ولنا قول الله تعالى اخباراً عن شعيب عليه السلام أنه قال (على أن تأجرني ثمانى حجج فان أتممت
عشرأ فـن عندك) وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يـقم على نسخه دليل ، ولان ما جاز العقد عليه سنة
جاز أكثر منها كالبيع والنكاح والمساقاة والتقدير بسنة وثلاثين تحكم لا دليل عليه وليس ذلك أولى
من التقدير بزيادة عليه أو نقصان منه ، واذا استأجره سنين لم يحتج إلى تقسيط الاجر على كل سنة في
ظاهر كلام أحمد كما لو استأجر سنة لم يفتر إلى تقسيط أجر كل شهر بالاتفاق ولو استأجر شهراً لم
يفتر إلى تقسيط أجر كل يوم ، ولان المنفعة كالأعيان في البيع ولو اشتملت الصفقة على أعيان لم يلزمه
تقدير من كل عين كذلك ههنا . وقال الشافعي في أحد قوليـه كقولنا وفي الآخر يفتر إلى تقسيط
أجر كل سنة لان المنافع تختلف باختلاف السنين فلا يـأمن أن يفسخ العقد فلا يعلم بم يرجع وهذا
يبطل بالشهور فانه لا يفتر إلى تقسيط الاجر عليها مع الاحتمال الذي ذكره

(فصل) والاجارة على ضربين (أحدهما) أن يعقدها على مدة (الثاني) أن يعقدها على عمل
معلوم كبناء حائط وخباطة قبص وحمل إلى موضع معين فاذا كان المستأجر مما له عمل كالحيوان جاز فيه
الوجهان لان له عملاً تتقدر منافعه به ، وإن لم يكن له عمل كالدار والارض لم يجز إلا على مدة ،
ومتى تقدرت المدة لم يجز تقدير العمل وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي لان الجمع بينهما يزيد غرراً
لانه قد يفرغ من العمل قبل انقضاء المدة فان استعمل في بقية المدة فقد زاد على ما وقع عليه العقد ،

والعرض والسمك جاز ولا يكتفى بمشاهدة قالب الضرب اذا لم يكن معروفاً لان فيه غرراً وقد يتلف
القالب فلا يصح كالأول في ميكال بعينه

(مسئلة) (وان استأجر المركوب ذكر المركوب فرسا أو بعيراً أو نحوه)

لان منافعها تختلف وتشترب معرفته برؤية أو صفة لانه يصح بيعه بما و ذكر المماليح والقطوف لان سيرهما
يختلف ومعرفة ما يركب به من مرج أو غيره لانه يختلف بالركوب والراكب ولا يحتاج الى ذكر الذكورة
والانوثة لان التفاوت بينهما يسير وقال القاضي يفتر لتفاوتهما ولا بد من معرفة الراكب برؤية أو صفة
ذكره الحرقى وقال الشريـف لا يجزى فيه الا بالرؤية لان الصفة لا تأتي عليه ولا بد من معرفة المحامل
والاوطنة والاغطية والمعاليق كالقدر والسطحة ونحوها أما برؤية أو صفة أو وزن

(مسئلة) (فان كان للحمل لم يحتج الى ذكره)

لعدم الغرض في معرفته فان اتفق وجود غرض في الحولة مثل أن يكون المحمول شيئاً تنضره كثرة الحركة
كالفاكهة والزجاج أو كون الطريق مما يعسر على بعض هادون بعض فينبغي أن يذكره في الاجارة ذكره
شيخنا ، وتشترب معرفة المتاع برؤية أو صفة ويدكر جنسه من حديد أو قطن أو نحوه لان ضرره يختلف
وقدره بالوزن ان كان موزوناً أو بالكيل ان كان ميكلاً لان البيم يصح بكلا الأمرين ، ويحصل بالمشاهدة
لانه من أعلى طرق العلم وبالصفة اذا ذكر القدر والجنس ، وذكرا بن عقيل انه اذا قال أجر تركها لتحمل عليها

وإن لم يعمل كان تاركاً للعمل في بعض المدة وقد لا يفرغ من العمل في المدة فإن أنه عمل في غير المدة ، وإن لم يعمل لم يأت بما وقع عليه العقد وهذا غرر أمكن التحرز عنه ولم يوجد مثله في محل الوفاق فلم يجوز العقد معه

وروي عن أحمد فيمن اكترى دابة الى موضع على أن يدخله في ثلاث فدخله في ست فقال قد أضرب به قبيل يرجع عليه بالقيمة ؟ قال لا يصلح له وهذا يدل على جواز تقديرها جميعاً وهو قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن لأن الاجارة معقودة على العمل والمدة مذكرة لتعجيل فلا يمنع ذلك. فعلى هذا اذا فرغ العمل قبل انقضاء المدة لم يلزمه العمل في بقيتها لانه وفي ما عليه قبل مدته فلم يلزمه شيء. آخر كما لو قضى الدين قبل أجله ، وإن مضت المدة قبل العمل فللمستأجر فسخ الاجارة لأن الاجير لم يف له بشرطه وإن رضي بالبقاء عليه لم يملك الاجير الفسخ لأن الاخلال بالشروط منه فلا يكون ذلك وسيلة له الى الفسخ كما لو تعذر اداء المسلم فيه في وقته لم يملك المسلم اليه الفسخ ويملكه المسلم فإن اختار امضاء العقد طالبه بالعمل لا غير كالمسلم اذا صبر عند تعذر المسلم فيه الى حين وجوده لم يكن له أكثر من المسلم فيه ، وإن فسخ العقد قبل عمل شيء من العمل سقط الاجر والعمل ، وإن كان بعد عمل شيء منه فله أجر مثله لأن العقد قد انفسخ فسقط المسعى ورجع إلى أجر المثل

ثلاثة رطل مما شئت جازو ملك ذلك لكن لا يحمله حملاً يضرب بالحيوان فلو أراد حمل حديد أو زئبق ينبغي أن يفرقه على ظهر الحيوان فلا يجتمع في موضع واحد من ظهره ولا يجعله في وعاء يذوب فيه فيكسد البيمة ويتعابها وإن اكترى ظهراً للحمل موصوفاً بجنس فاراده على غير ذلك الجنس وكان الطالب لذلك المستأجر لم يقبل منه لانه لا يملك المطالبة بما لم يتعهد عليه ، وإن طلبه المؤجر وكان يفوت به غرض المستأجر مثل أن يكون غرضه الاستعجال في السير أو أن لا ينقطع عن القافلة فيتعين الخيل أو البغال أو يكون غرضه السكنون لكون المحمول مما يضربه الهز أو قوتها وصبرها لطول الطريق وتقل الحولة فيعين الابل لم يجز العدول عنه لانه يفوت غرض المستأجر فلم يجوز ذلك ، كافي المركوب ، وإن لم يفوت غرضاً جاز كما يجوز لن اكترى على حمل شيء حمل مثله ، فإن اكترى بهيمة لحمل ماشاء لم يصح لانه يدخل فيه ما يقتل البيمة وكذلك ان شرط طاقتها لانه لا ضابط له

(نصل) قال رضي الله عنه (الثاني معرفة الاجرة بما يحصل به معرفة الثمن قياساً عليه ولا نعلم في ذلك خلافاً وقد روي عن النبي ﷺ انه قال «من استأجر اجيراً فليعلمه أجره» ويعتبر العلم بالرؤية أو بالصفة كالباع ، فإن كان العرض معلوماً بالمشاهدة دون القدر كالصبرة جاز في أحد الوجهين كالثمن في البيع والثاني لا يجوز لانه قد ينفسخ العقد بعد تلف الصبرة فلا يدرى بكم يرجع فاشترط معرفة قدره كعرض السلم والاول أولى لما ذكرنا ، وما قاسوا عليه ممنوع ثم الفرق بينهما ان المنفعة هنا أجريت بحري الاعيان

(فصل ' ومن اكرى دابة إلى العشاء فأخر المدة إلى غروب الشمس ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأبو ثور آخرها زوال الشمس لأن العشاء آخر النهار وآخر النهار النصف الآخر من الزوال ولذلك جاء في حديث ذي البدين عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : صلى بنا النبي ﷺ إحدى صلاتي العشي يعني الظهر أو العصر هكذا تفسره)

ولنا قول الله تعالى (من بعد صلاة العشاء) يعني العتمة ، وقال النبي ﷺ « لولا أن أشق على أمتي لأخرت العشاء إلى ثلث الليل » وإنما تعلق الحكم بغروب الشمس لأن هذه الصلاة تسمى العشاء الآخرة فدل على أن الأولى المغرب وهو في العرف كذلك فوجب أن يتعلق الحكم به لأن المدة إذا جعلت إلى وقت تعلقت بأوله كما لو جعلها إلى الليل ، وما ذكرناه لا يصح لأن لفظ العشي غير لفظ العشاء فلا يجوز الاحتجاج بأحدهما على الآخر حتى يقوم دليل على أن معنى اللفظين واحد ، ثم لو ثبت أن معناها واحد غير أن أهل العرف لا يعرفونه فلا يتعلق به حكم ، وكذلك الحكم فيما إذا اكترها إلى العشي لأن أهل العرف لا يعرفون غير ما ذكرناه ، وإن اكترها إلى الليل فهو إلى أوله وكذلك إن اكترها إلى النهار فهو إلى أوله ، ويتخرج أن يدخل الليل في المدة الأولى والنهار في الثانية لما ذكرناه في مدة الخيار والأول أصح ، وإن اكترها نهاراً فهو إلى غروب الشمس ، وإن اكترها ليلة فهي إلى طلوع الفجر في قول الجميع لأن الله تعالى قال في ليلة القدر (سلام هي حتى مطلع الفجر) وقال

لأنها متعلقة بعين حاضرة والسلم يتعاقب به معدوم فافترقا ولشافعي نحو ما ذكرنا في هذا الفصل

(فصل) وكل ما جاز أن يكون ثمنه في البيع جاز عوضاً في الاجارة لأنه عقدم ما عضة أشبه البيع (١)

(مسألة) (يجوز أن يستأجر الاجير بطعامه وكسوته وكذلك الظئر)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن استأجر أجيراً بطعامه وكسوته أوجبه له أجراً وشرط طعامه وكسوته فروي عنه جواز ذلك وهو مذهب مالك وإسحاق ، وروي عن أبي بكر وعمر وأبي موسى رضي الله عنهم أنهم استأجروا الاجراء بطعامهم وكسوتهم . وروي عنه أن ذلك جائز في الظئر دون غيرها . اختاره القاضي وهو مذهب أبي حنيفة لأن ذلك مجبول وإنما جاز في الظئر لقول الله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) أوجب لمن النفقة والكسوة على الرضاع ولم يفرق بين المطلقة وغيرها بل في الآية قرينة تدل على طلاقها لأن الزوجة تجب نفقتها وكسوتها بالزوجة وإن لم ترضع ، ولأن الله تعالى قال (وعلى الوارث مثل ذلك) والوارث ليس بزوجة . ولأن المنفعة في الرضاع والحضانة غير معلومة فجاز أن يكون عوضها كذلك . وروي عنه رواية ثالثة أن ذلك لا يجوز بحال في الظئر ولا في غيرها وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وابن المنذر لأن ذلك يختلف باختلاف كثيراً متبايناً فيكون مجبولاً والاجر من شرطه أن يكون معلوماً

ولنا ما روى ابن ماجه عن عتبة بن النذر قال : كنا عند رسول الله ﷺ فقرأ (طس) حتى إذا

(١) هذا الفصل

بنصه مكرر مع ما ينافي

له في صحيفة ١٧ ولا

معنى لذكره هنا

تعالى أحل لكم ليلة الصيام الرفث الى نسائكم - ثم قال - فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم وكاوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر ثم أموا الصيام الى الليل (فصل) وإن اكثرتى فسطاطا إلى مكة ولم يقل متى أخرج فالكرا، فاسد وبه قال أبو ثور وهو

قياس قول الشافعي وقال أصحاب الرأي يجوز استحسانا بخلاف القياس

وانا أنها مدة غير معلومة الابتداء فلم يجوز كما لو قال أجرتك داري من حين يخرج الحاج الى آخر السنة وقد اعترفوا بمخالفته للدليل وما ادعوه دليلا لانسلم كونه دليلا

(فصل) (الحكم الثالث) أنه يشترط في عوض الاجارة كونه معلوما لانعلم في ذلك خلافا وذلك لانه عوض في عقد معاوضة فوجب أن يكون معلوما كالمثل في البيع ، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال « من استأجر أجيراً فليعلمه أجره » ويعتبر العلم بالرؤية أو بالصفة كالبيع سواء ، فان كان العوض معلوما بالمشاهدة دون القدر كالصبرة احتمل وجهين أشبههما الحواز لأنه عوض معلوم يجوز به البيع فجازت به الاجارة كما لو علم قدره (والثاني) لا يجوز لانه قد ينسخ العقد بعد تلف الصبرة فلا يدري بكم يرجع فاشترط معرفة قدره كعوض المسلم فيه والاول أولى ، وظاهر كلام الحنفي أن العلم بالقدر في عوض السلم ليس بشرط ثم الفرق بينهما أن المنفعة ههنا أجريت مجرى الاعيان لانها متعلقة بعين حاضرة والسلم يتعلق بمعدوم فافترقا وللشافعي نحو مما ذكرنا في هذا الفصل

بلغ قصة موسى عليه السلام قال « ان موسى أجر نفسه ثمانين أو عشرين ألف درهم على غفلة فرجه وطعام بطنه » وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يثبت نسخه . وعن أبي هريرة انه قال كنت أجيراً لابنة غزوان بطعام بطني وعقبة رجلي أحطب لهم إذا نزلوا وأحدوا بهم إذا ركبوا . رواه الأثرم وابن ماجه ، ولانه فعل من ذكرنا من الصعابة فلم ينكر فكان إجماعاً ، ولانه قد ثبت في الظاهر في الآية فيثبت في غيرها بالقياس عليها ، ولانه عوض منفعة فقام العرف فيه مقام التسمية كنفقة الزوجة ، ولان الكسوة عرفاً وهي كسوة الزوجات والاطعام عرف وهو الاطعام في الكمالات فجاز اطلاقه كنفقة البلد . ونخص أبا حنيفة بأن ما جاز عوضاً في الرضاع جاز في الخدمة كالإيمان

إذا ثبت هذا وتشاحا في قدر الطعام والكسوة رجع في القوت الى الاطعام في الكفارة وفي الملبوس الى أقل ملبوس مثله لان الاطلاق فيه مجزئ . فيه أقل ما يتناوله اللفظ كالوصية . ويحتمل أن يحمل على الملبوس في الكفارة كالطعوم . قال أحمد إذا تشاحا في الطعام حكم به بمد كل يوم ذهب به الى ظاهر ما أمر الله من إطعام المساكين ففسرت ذلك السنة بأنه مد لكل مسكين ، ولان الاطعام مطلق في الموضوعين فافسر به أحدهما يفسر به الآخر ، وليس له اطعام الاجير الا ما يوافقه من الاغذية لان عليه ضرراً ولا يمكنه استيفاء الواجب له منه

(فصل) فاز شرط الاجير كدوة ونفقة معلومة موصوفة كصفتها في السلم جاز عند الجميع وان لم يشرط

(فصل) وكل ما جاز ثمنا في البيع جاز عوضا في الاجارة لانه عقد معارضة أشبه البيع ، فعلى هذا يجوز أن يكون العوض عينا ومنفعة أخرى سواء كان الجنس واحداً كمنفعة دار بمنفعة أخرى أو مختلفا كمنفعة دار بمنفعة عبد ، قال أحمد لا بأس أن يكتري بطعام موصوف معلوم وبهذا كله قال الشافعي قال الله تعالى اخبراً عن شعيب أنه قال (اني أريد أن انكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج) فجعل النكاح عوض الاجارة ، وقال أبو حنيفة فيما حكى عنه لا يجوز اجارة دار بسكنى أخرى ولا يجوز أن يختلف جنس المنفعة كسكنى دار بمنفعة بهيمة لان الجنس الواحد عنده بحرم النساء ، وكره الثوري الاجارة بطعام موصوف ، والصحيح جوازه وهو قول اسحاق وأصحاب الرأي وقياس قول الشافعي لانه عوض يجوز في البيع فجاز في الاجارة كالذهب والفضة وما قاله أبو حنيفة لا يصح لان المنافع في الاجارة ليست في تقدير النسبة ، ولو كانت نسبة ما جاز في جنسين لأنه يكون بيع دين بدين

(فصل) ولو استأجر رجلا ليسلخ له بهيمة بجلدها لم يحز لانه لا يعلم هل يخرج الجلدي سليما أو لا وهل هو نخبين أو رقيق ، ولانه لا يجوز أن يكون ثمنا في البيع فلا يجوز أن يكون عوضا في الاجارة كسائر المجعولات فان سلخه بذلك فله أجر مثله ، وإن استأجره اطرح ميتة بجلدها فهو أباح في الفساد لان جلد الميتة نجس لا يجوز بيعه وقد خرج بموته عن كونه ملكا وإن فعل فله أجر مثله أيضا

طعاما ولا كسوة فنفته وكسوته على نفسه وكذلك الظئر ، قال ابن المنذر لا أعلم عن أحد خلافا فيما ذكرنا وان شرط للأجير طعام غيره وكسوته موصوفا جاز لانه معلوم فهو كملو شرط درهم معلومة ويكون ذلك للأجير ان شاء أطعمه وان شاء تركه ، وان لم يكن موصوفا لم يحز لان ذلك مجهول احتمل فيما إذا شرطه الأجير الحاجة اليه وجري العادة به فلا يلزم احتماله ما عدا ذلك ولو استأجر دابة بملئها أو باجر مسمى وعلمها لم يحز لانه مجهول ولا عرف له يرجع اليه ولا يعلم أحدا قال بجوازه الا أن يشترطه موصوفا فيجوز (فصل) فان استغنى الاجير عن طعام المستأجر بطعام نفسه أو غيره أو عجز عن الاكل بمرض أو غيره لم تسقط نفقته وكان له المطالبة بها لانه عوض فلا يسقط بالغنى عنه كالدراهم ، وان احتاج الى دواء لمرضه لم يلزم المستأجر لانه لم يشترط له الاطعام الاصحاء لكن يلزمه بقدر طعام الصحيح لان ما زاد على ذلك لم يقع العقد عليه فلم يلزم كالزائد في القدر

(فصل) فان قبض الاجير طعامه فأحب أن يستفضل بعضه لنفسه وكان المستأجر دفع اليه أكثر من الواجب له ليا كل منه قدر حاجته ويغسل الباقي أو كان في تركه لأكله كله ضرر على المستأجر بان يضعف عن العمل أو يقل لان الظئر منع منه لانه في الصورة الاولى لم يملكه وانما أباحه قدر حاجته وفي الثانية على المستأجر ضرر بتفويت بعض منفعته عليه فمنع منه كالجمال اذا امتنع من علف الجمال وإن دفع اليه قدر الواجب فقط أو أكثر منه فذلك إياه ولم يكن في تفضيله لبعض ضرر بالمستأجر جاز لانه ضرر لاحق فيه

(فصل) ولو استأجر راعيا لغنم بثلث درهما ونسلها وصوفها وشعرها أو نصفه أو جميعه لم يجز نص عليه أحمد في رواية جعفر بن محمد النسائي لأن الأجر غير معلوم ، ولا يصلح عوضا في البيع ، وقال إسماعيل بن سعيد سألت أحمد عن الرجل يدفع البقرة إلى الرجل على أن يعلفها ويحفظها وما ولدت من ولد بينهما فقال أكره ذلك ، وبه قال أبو أيوب وأبو خيثمة ولا أعلم فيه مخالفا وذلك لأن العوض مجهول معدوم ولا يدري أيوجد أم لا والأصل عدمه ، ولا يصلح أن يكون نمنا فان قيل فقد جوزتم دفع الدابة إلى من يعمل فليها بنصف ربحها ، قلنا إنما جازم تشبيها بالمضاربة لأنها عين تنمي بالعمل فجاز اشتراط جزء من النماء ، والمساقاة كالمضاربة وفي مسئلتنا لا يمكن ذلك لأن النماء الحاصل في الغنم لا يقف حصوله على عمله فيها فلم يمكن الحاقه بذلك ، وإن استأجره على رعايتها مدة معلومة بنصفها أو جزء معلوم منها صح لأن العمل والأجر والمدة معلوم فصح كالأجر الدرام ويكون النماء الحاصل بينهما بحكم الملك لأنه ملك الجزء المجهول له منها في الحال فيكون له نأؤه كما لو اشتراه

(فصل) (الحكم الرابع) أن الإجارة إذا تمت وكانت على مدة ملك المستأجر المنافع المعقود عليها إلى المدة ويكون حدودها على ملكه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة تحدث على ملك المؤجر ولا يملكها المستأجر بالعقد لأنها معدومة فلا تكون مملوكة كالثمرة والولد

على المستأجر أشبه الدرام

(فصل) فان قدم إليه طعاما فذهب أو تلف قبل أكله وكان على مائدة لا يخصه فيها بطعامه فهو من ضمان المستأجر لكونه لم يسلم إليه وإن خصه بذلك وسلمه إليه فهو من مال الأجير لأنه يسلم عوضه على وجه التملك أشبه البيع

(فصل) قال أحمد في رواية من لا بأس أن يحصد الزرع ويصرم النخل بسدس ما يخرج منه وهو أحب إلي من المقاطعة إنما جاز ههنا لأنه معلوم بالمشاهدة وهي أعلى طرق العلم ومن علم شيئا علم جزأه المشاع فيكون أجراً معلوما . واختاره على المقاطعة مع وجودها لأنه ربما يخرج من الزرع مثل الذي قاطع عليه وههنا هو أقل منه يقينا

(فصل) يجوز استئجار الظئر بطعامها وكسوتها وفيه خلاف ذكرناه . وقد أجمع أهل العلم على استئجار الظئر وهي المرضعة لقول الله تعالى [فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن] واشترط النبي ﷺ لولده إبراهيم . ولأن الحاجة تدعو إليه أكثر من الحاجة إلى غيره فان الطفل في العادة إنما يعيش بالرضاع وقد يتعذر رضاعه من أمه فجاز ذلك كالإجارة في سائر المنافع ، فان استأجرها للرضاع دون الحضانة أو للحضانة دون الرضاع أو لهما جاز ، وإن أطلق العقد على الرضاع دخلت فيه الحضانة في أحد الوجهين وهو قول أصحاب الرأي لأن العرف جار بأن المرضعة تحضن الصبي لحمل الإطلاق عليه

ولنا أن المالك عبارة عن حكم يحصل به تصرف مخصوص ، وقد ثبت أن هذه المنفعة المستقبلية كان مالك العين يتصرف فيها كتصرفه في العين فلما أجراها صار المستأجر مالكا لتصرف فيها كما كان يملكه المؤجر فثبت أنها كانت مملوكة لمالك العين ثم انتقلت إلى المستأجر بخلاف الولد والثمره فان المستأجر لا يملك التصرف فيها ، وقولهم ان المنافع معدومة قلنا هي مقدرة الوجود لانها جعلت موردا للعقد والعقد لا يرد الا على موجود

(فصل) (الحكم الخامس) أن المؤجر يملك الاجرة بمجرد العقد اذا أطلق ولم يشترط المستأجر أجلا كما يملك البائع الثمن بالبيع وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك وابو حنيفة لا يملكها بالعقد فلا يستحق المطالبة بها الا يوما بيوم الا أن يشترط تعجيلها . قال ابو حنيفة : إلا أن تكون معينة كاثوب والعبد والدار لان الله تعالى قال (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) فأمر بايتائهن بعد الارتضاع ، وقال النبي ﷺ « ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ، رجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يوفه أجره » فتعود على الامتناع من دفع الاجر بعد العمل فدل على أنها حالة الوجوب وروى عنه عليه السلام أنه قال « أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه » رواه ابن ماجه ولأنه عوض لم يملك معوضه فلم يجب تسليمه كالعوض في العقد الفاسد فان المنافع معدومة لم تملك ولو ملكت فلم يتسلسلها لانه يتسلسلها شيئا فشيئا فلا يجب عليه العوض مع تعذر التسليم في العقد

[الثاني] لا تدخل وهو قول أبي ثور وابن المنذر لان العقد ما تناولها ولا صاحب الشافعي كعذرين الوجين ، والحضانة تربية الصبي وحفظه وجعله في سريرته وربطه ودهنه وكفله وتنظيفه وغسل خرقة أشباه ذلك واشتقاقه من الحضن وهو ما تحت الابط وما يليه وسميت التربية حضانة تجوزا عن حضانة الطير لبيضة وفراخه لانه يجعلها تحت جناحه فسميت تربية الصبي بذلك أخذا من فعل الطائر (فصل) ولهذا العقد أربعة شروط أحدها العلم بمدة الرضاعة لانه لا يمكن تقديره الا بها لان السقي والعمل فيها يختلف (الثاني) معرفة الصبي بالمشاهدة لان الرضاع يختلف بكبر الصبي وصغره ونهيمته وقناعتته وقال القاضي يعرف بالصفة كالراكب (الثالث) موضع الرضاع لانه يختلف فيشق عليها في يته ويسهل في يتيها (الرابع) معرفة العوض لما ذكرنا

(فصل) والمعقود عليه في الرضاع خدمة الصبي وحمله ووضع الثدي في فيه والابن تبع كالصبيغ في اجارة الصباغ وماء البئر في الدار لان الابن عين فلا يعقد عليه في الاجارة كابن غير الآدمي ، وقيل هو الابن قال القاضي وهو أشبه لانه المقصود دون الخدمة ولهذا لو أرضعته ولم تخدمه استنعت الاجرة ولو خدمته ولم ترضعه لم تستحق شيئا ولان الله تعالى قال (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) فجعل الاجر مرتبا على الرضاع فدل على أنه المعقود عليه ولان المقدلو كان على الخدمة لما زعمها سقيه لبنها وإنما جاز العقد عليه مع كونه عينا رخصة لان غيره لا يقوم مقامه والضرورة تدعو إلى استيفائه وإنما جاز في الآدميين

ولنا انه عوض أطلق ذكره في عقد معارضة فيستحق بمطلق العقد كالتن والصداق أو تقول عوض في عقد يتعجل بالشرط فوجب أن يتعجل بمطلق العقد كالذي ذكرناه، فاما الآية فيحتمل أنه أراد الايثاء عند الشروع في الرضاع أو تسليم نفسها كما قال تعالى [فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم] أي اذا أردت القراءة ولأن هذا تمسك بدليل الخطاب ولا يقولون به وكذلك الحديث يحققه ان الامر بالايثاء في وقت لا يمنع وجوبه قبله كقوله [فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن] والصداق يجب قبل الاستمتاع وهذا هو الجواب عن الحديث ويدل عليه أنه انما توعد على ترك الايثاء بعد الفراغ من العمل ، وقد قلتم يجب الاجر شيئاً فشيئاً ويحتمل أنه توعد على ترك الايثاء في الوقت الذي تتوجه المطالبة فيه عادة

جواب آخر ان الآية والاخبار إنما وردت فيمن استؤجر على عمل فامام وقعت الاجارة فيه على مدة فلا تعرض لمأبى ، وأما اذا كانت الاجارة على عمل فإن الاجر يملك بالعقد أيضاً لكن لا يستحق تسليمه الا عند تسليم العمل . قال ابن أبي موسى من استؤجر لعمل معلوم استحق الاجر عند إيفاء العمل وان استؤجر في كل يوم بأجر معلوم فله أجر كل يوم عند تمامه ، وقال ابو الخطاب الاجر يملك بالعقد ويستحق بالتسليم ويستقر بمضي المدة وانما توقف استحقاق تسليمه على العمل لانه عوض فلا يستحق تسليمه الا مع تسليم المعوض كالصداق والتمن في المبيع، وفارق الاجارة على الاعيان

دون سائر الحيوان للضرورة الى حفظ الأدنى والحاجة الى بقائه

(فصل) وعلى المرضعة أن تأكل وتشرب ما يدر لبنها ويصلح به والمكثري مطالبتها بذلك لانه من تمام التمكين من الرضاع وفي تركه اضرار بالصبي فان لم ترضعه لكن سقته لبن الغنم أو أطعمته فلا أجر لها لانها لم توف المعقود عليه أشبه مالواستاجرها لحياطة ثوب فلم تحطه فان دفعته الى خادمها فارضعته فكذلك وبه قال أبو ثور وقال أصحاب لما أجرها لان رضاعه حصل بفعلها

ولنا أنها لم ترضعه أشبه مالوسقته لبن الغنم فان قالت أرضعته فانكر المسترضع فاقول قولها لانها مؤتمنة

(مسئلة) (ويستحب أن تعطى عند الفطام عبداً او وليدة اذا كان المسترضع موسراً)

لما روى أبو داود بأسناده عن هشام بن عروة عن أبيه عن حجاج بن حجاج الاسلمي عن أبيه قال قلت يا رسول الله ما يذهب عني مذمة الرضاع قال « الفرة أو الامة » قال الترمذي حسن صحيح المذمة بكسر الدال من الدمام وبفتحها من الدم قال ابن عقيل انما خص الرقة بالمجازاة دون غيرها لان فعلها من الرضاعة والحضانة سبب حياة الولد وبقائه وحفظ رقبته فاستحب جعل الجزاء هبتها رقة لتناسب بين النعمة والشكر ولهذا جعل الله تعالى المرضعة أمّاً فقال سبحانه (وأما لكم اللاتي أنرضعنكم) وقال النبي ﷺ لا يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكاً فيعتقه » وان كانت المرضعة مملوكة استحب اعتاقها لانه يحصل أخص الرقاب بها لها وتحصل به المجازاة التي جعلها النبي ﷺ مجازاة للوالد من النسب

لان تسليمها جرى مجرى تسليم نفعها ومتى كان على منفعة في الذمة لم يحصل تسليم المنفعة ولا ما يقوم مقامها فتوقف استحقاق تسليم الاجر على تسليم العمل، وقولهم لم يملك النافع قد سبق الجواب عنه فان قيل فان المؤجر إذا قبض الاجر انتفع به كله بخلاف المستأجر فانه لا يحصل له استيفاء المنفعة كلها قلنا لا يمتنع هذا كما لو شرطنا التعجيل أو كان الثمن عينا

(فصل) (الحكم السادس) أنه اذا شرط تأجيل الاجر فهو الى أجله، وإن شرطه منجما يوما يوما أو شهراً شهراً أو أقل من ذلك أو أكثر فهو على ما اتفقا عليه لان اجارة العين كيها ويبيعها يصح بضمن حال أو مؤجل فكذلك اجارتها

(فصل) واذا استوفى المستأجر النافع استقر الاجر لانه قبض العقود عليه فاستقر عليه البدل كما لو قبض المبيع، وإن سلمت اليه العين التي وقعت الاجارة عليها ومضت المدة ولا حاجز له عن الانتفاع استقر الاجر وإن لم ينتفع لان العقود عليه تلف تحت يده وهي حقه فاستقر عليه بدلها كضمن المبيع اذا تلف في يد المشتري، وإن كانت الاجارة على عمل فتسلم العقود عليه ومضت مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها مثل أن يكتري دابة ليركبها الى حصن فقبضها ومضت مدة يمكن ركبها فيها فقال أصحابنا يستقر عليه الاجر وهو مذهب الشافعي لان النافع تلفت تحت يده باختياره فاستقر الضمان عليه كما لو تلفت العين في يد المشتري وكما لو كانت الاجارة على مدة فضت، وقال أبو حنيفة لا يستقر الاجر

(فصل) ويجوز للرجل ان يؤجر أمته ومدبرته وأم ولده والمعلق عتقها بصفة والمأذون لها في التجارة للارضاع لانه عقد على منفعتها أشبه اجارتها للخدمة وليس لواحدة منهن اجارة نفسها لان منفعتها لسيدها فان كان لها ولد لم يجز إيجارها للارضاع الا أن يكون فيها فضل عن ربه لان الحق لولدها ليس لسيدها الا الفاضل عنه فان كانت مزوجة لم تجز اجارتها لذلك الا باذن الزوج لانه يفوت حقه لاشتغالها عنه بالرضاع والحضانة فان أجزاها للارضاع ثم زوجها صح النكاح ولا تنفسخ الاجارة والزوج الاستمتاع بها وقت فراغها من الرضاع والحضانة وقال مالك ليس لزوجها وطؤها الا برضى المستأجر لانه ينقص اللبن وقد يقطعها

ولنا أن وطء الزوج مستحق فلا يسقط لامر مشكوك فيه، وليس لسيده اجارة مكاتبته لان منافعتها لها ولذلك لا يمكن تزويجها ولا وطؤها ولا اجارتها لغير الرضاع ولها أن تؤجر نفسها لانه من الاكتساب (مسئلة) (وان دفع ثوبه الى خياط أو قصار ليعمله ولها إعادة باجرة صح ولها ذلك وان لم يعقد عقد اجارة وكذلك دخول الحمام والركوب في سفينة الملاح)

اذا دفع ثوبه الى خياط ليخيطه أو قصار ليعمله من غير عقد ولا شرط ولا تعريض باجر مثل أن يقول خذ هذا قاعله وأنا أعلم انك انما تعمله باجر وكان الخياط والقصار منتهيين لذلك فعلا ذلك فلهما الاجر وقال أصحاب الشافعي لا أجر لهما لانهما فعلا ذلك من غير عوض جعل لهما أشبه ما لو تبرعا بعمله

عليه حتى يستوفي المنفعة لانه عقد على منفعة غير مؤقتة بزمن فلم يستقر بدلها قبل استيفائها كالأجر للاجير المشترك ، فان بذل تسليم العين فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المدة استقر الاجر عليه لان المنافع نالت باختياره في مدة الاجارة فاستقر عليه الاجر كما لو كانت في يده ، وإن بذل تسليم العين وكانت الاجارة على عمل فقال أصحابنا اذا انقضت مدة يمكن الاستيفاء فيها استقر عليه الاجر وبهذا قال الشافعي لان المنافع نالت باختياره

وقال أبو حنيفة لأجر عليه وهو أصح عندي لانه عقد على مافي الذمة فلم يستقر عوضه ببذل التسليم كالتسليم فيه ولانه عقد على منفعة غير مؤقتة بزمن فلم يستقر عوضها بالبذل كالصداق اذا بذلت تسليم نفسها وامتنع الزوج من أخذها ، وإن كان هذا في اجارة فاسدة ففيما اذا عرضها على المستأجر فلم يأخذها لأجر عليه لانها لم تلتف تحت يده ولا في ملكه ، وإن قبضها رخصت المدة أو مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها أو لا يمكن فعن أحمد روايتان (احدهما) عليه أجر المثل لمدة بقائها في يده وهو قول الشافعي لان المنافع تلفت تحت يده بعوض لم يسلم له فرجع الى قيمتها كما لو استوفاهما (والثانية) لاشيء له وهو قول أبي حنيفة لانه عقد فاسد على منافع لم يستوفها فلم يلزمه عوضها كالنكاح الفاسد ، وإن استوفى المنفعة في العقد الفاسد فعليه أجر المثل ، وبه قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة يجب أقل الامرين من المسمى أو أجر المثل بناء منه على أن المنافع لا تضمن إلا بالعقد

ولما ان العرف الجاري بذلك يقوم مقام القول فصار كنفق البدل وكما دخل حماما أو جلس في سفينة دلاح ولان شاعدا الحال يقتضيه فصار كالعرض فأما أن يكونا متصيين لذلك لم يستحقا اجرا الا بالعقد أو شرط العرض أو تعرض به لانه لم يجز عرف يقوم مقام العقد فهو كالوتبرع به أو عمله بغير اذن مالكة وكذلك لو دفع ثوبه الى رجل ليبيعه وكان متصبا يبيع للناس بأجر مثله فهو كالقصار والحياط فيأخذ كرناله الاجر نص عليه أحمد ، وان لم يكن كذلك فلا شيء له لما تقدم ، ومتى دفع ثوبه الى أحدهما ولم يقاطعه على أجر فله أجر المثل لان الثياب يختلف أجرها ولم يعين شيأ فجرى مجرى الاجارة الفاسدة ، فان تلف الثوب من حرزه أو بغير فعله فلا ضمان عليه لان مالا يضمن في العقد الصحيح لا يضمن في الفاسد

(فصل) اذا استأجر رجلا ليحمل له كتابا الى مكة أو غيرها الى انسان فحملة فوجد المحمول اليه غائبا فرده استحق الاجر لحملة في الذهاب والرد لانه حملة في الذهاب باذن صاحبه صريحاً وفي الرد تضمننا لان تقدير كلامه وان لم يجد صاحبه فرده اذ ليس شوي رده الا نضيجه وقد علم أنه لا يرضى تضيقه فتعين رده

(مسئلة) ويجوز اجارة دار بسكنى دار وخدمة عبد وتزويج امرأة

وجملة ذلك ان كل ما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز عوضاً في الاجارة لانه عقد معاوضة أشبه البيع فعلى هذا يجوز أن يكون العوض عينا أو منفعة أخرى سواء كان الجنس واحداً كمنفعة دار بمنفعة أخرى وبخلافه كمنفعة دار بمنفعة عبد قال أحمد لا بأس أن يكثر في طعام موصوف معلوم وبه قال الشافعي قال

ولنا ان ما ضمن بالمسمي في العقد الصحيح وجب ضمانه بجميع القيمة في الفاسد كالأعيان وما ذكره لا نسلمه والله أعلم

(مسئلة) قال (واذا وقعت الاجارة على كل شهر بشيء معلوم لم يكن لواحد منهما الفسخ إلا عند تقضي كل شهر)

وجملة ذلك أنه اذا قال أجرتك هذا كل شهر بدرهم فاختلف أصحابنا فذهب الشافعي الى أن الاجارة صحيحة وهو المنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور واختيار الحنفي إلا أن الشهر الاول تلزم الاجارة فيه باطلاق العقد لانه معلوم يلي العقد وله أجر معلوم وما بعده من الشهور يلزم العقد فيه بالتلبس به وهو السكنى في الدار إن كانت الاجارة على دار لانه مجهول حال العقد فاذا تلبس به تعين بالدخول فيه فصح بالعقد الاول، وإن لم يتلبس به أفسخ العقد عند انقضاء الاول انفسخ، وكذلك حكم كل شهر يأتي وهذا مذهب أبي ثور وأصحاب الرأي وحكي عن مالك نحو هذا إلا أن الاجارة لا تكون لازمة عنده لان المنافع متقدرة بتقدير الاجر فلا يحتاج إلى ذكر المدة إلا في الضرر، واختار أبو بكر عبد العزيز بن جعفر وأبو عبد الله بن حامد أن العقد باطل وهو قول الثوري والصحيح من قول الشافعي لان كل اسم للعدد فاذا لم يقدره كان مبهما مجهولا فيكون فاسدا كما لو قال أجرتك مدة

الله تعالى إخبار عن شعيب أنه قال (إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هما بن علي أن تأجرني ثمانى حجج) فجعل الشكاح عوض الاجارة، وقال أبو حنيفة فيأحكي عنه لا يجوز إجارة دار يستكني أخرى ولا يجوز إلا أن يختلف جنس المنفعة كسكنى دار بمنفعة بهيمة لان الجنس الواحد عنده يحرم نفسا فيه، وكراهة الثوري الاجارة بطعام موصوف بالصحيح جوازها وهو قول اسحاق وأصحاب الرأي وقيل قول الشافعي لانه عوض يجوز في البيع فجاز في الاجارة كالذهب والفضة وماله أبو حنيفة لا يصح لان المنافع في الاجارة ليست في تقدير النسبة ولو كانت نسبة ما جاز في جنسين لانه يكون بيع دين بدين

(مسئلة) (ونحو اجارة الحلي باجرة من جنسه وقيل لا يصح)

نحو اجارة الحلي نص عليه أحمد في رواية ابنه عبد الله وبه قال الثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وروى عن أحمد أنه قال في اجارة الحلي - أدرى ما هو؟ قال انقاضي هذا مجهول على اجارته باجرة من جنسه فاما بغير جنسه فلا بأس لتصريح أحمد بجوازه وقال مالك في اجارة الحلي والسياب هو من المشتبهات ولعل يذهب الى أن المفصود بذلك الزينة وليس ذلك من المقاصد الأصلية ومن من ذلك بأجر من جنسه احتج بأنها تحتك بالاستعمال فيذهب منه اجزاء وان كانت بسيرة فيحصل الاجر في مقابلتها ومقابلة الانتفاع بها فيفضي الى بيع ذهب بذهب وشيء آخر

ولنا انها عين ينتفع بها منفعة مباحة مقصودة مع بقاء عينها فاشبهت سائر ما يجوز اجارته والزينة من

أو شهر آء وحمل أبو بكر وابن حبان كلام أحمد في هذا على أن الاجارة وقعت على أشهر معينة ووجه الاول أن عليا رضي الله عنه استقى لرسول بن اليهود كل دلو بتمرة وجاء به إلى النبي ﷺ يأكل منه ؄ قال علي كنت أدلو الدلو بتمرة واشترطها جليدة ؄ وعن رجل من الانصار أنه قال ليهودي استقي نخلك ؟ قال نعم كل دلو بتمرة واشترط الانصاري أن لا يأخذها خدرة ولا تارزة ولا حشفة ولا يأخذ إلا جليدة فاستقى بنحو من صاعين فجاء به إلى النبي ﷺ . رواها ابن ماجه في سننه وهو نظير مسئلتنا ؄ ولأن شروعه في كل شهر مع ما تقدم في العقد من الاتفاق على تقدير أجره والرضى بينهما به جرى مجرى انتهاء العقد عليه وصار كالبيع بالمعاطاة اذا جرى من المساومة مادل على التراخي بها فعلى هذا حتى ترك التأخير به في شهر لم يثبت الاجارة فيه لعدم العقد ؄ وإن فسخ فكذلك وليس بفسخ في الحقيقة لان العقد في الشهر الثاني مذهب ؄ فأما أبو حنيفة فذهب إلى أنهما إذا تبادسا بالشهر الثاني فقد اتصل القبض بالعقد الفاسد وهو عذر غير صحيح لان العقد الفاسد في الاعيان لا يلزم بالقبض ولا يضمن بالمسمى ثم لم يحصل انقبض ههنا الا فيما استوفاه ؄ وقول مالك لا يصح لان الاجارة من العقود اللازمة فلا يجوز أن تكون جائزة

(فصل : اذا قال أجرتك داري عشرين شهرا كل شهر بدرهم جاز بغير خلاف فعلمه لان المدة معلومة وأجرها معلوم وليس لواحد منهما فسخ بحال لانها مدة واحدة فأشبه ما لو قال أجرتك عشرين

المقاصد الاصلية فان الله تعالى أمتن بها علينا بقوله (لتركبوها وزينة) وقوله (قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده) وأباح الله تعالى من التحلي واللباس ما حرم على الرجال الحاجة بهم إلى تزويج الأزواج وأسقط الزكاة عن حلين معونة لمن على اقتنائه ؄ وما ذكره من نقصها بالاحتكاك لا يصح لان ذلك يسير لا يقابل بعوض ولا يكاد يظلم في وزن ولو ظهر فلا جر في مقابلة الانتفاع لاني مقابلة الاجزاء لان الاجر في الاجارة انما هو عوض المنفعة كما في سائر المواضع ولو كان في مقابلة الجزء الذاهب لما جاز اجارة أحد التقدين بالآخر لافضائه الى اشتغاق في معاوضة أحدهما بالآخر قبل القبض

(فصل : ولو استأجر من يسأله بهيمة بجلدها لم يجوز لانه لا يعلم هل يخرج الجلد سليما أولا وهل هو ثخين أو رقيق ؟ ولانه لا يجوز أن يكون عوضا في البيع فلا يجوز أن يكون عوضا في الاجارة كسائر المجهولات فان سأله فله أجر مثله وان استأجره اطرح مئة بجلدها فهو أبانم في الفساد لان جلد الميتة نجس لا يجوز بيعه وقد خرج بموته عن كونه ملكا وله أجر مثل ان فعل

(فصل : ولو استأجر راعيا أغنم ثلاث درهما وصوفها وشعرها ونسلها أو نصفه أو جميعه لم يجوز نص عليه أحمد في رواية سعيد بن محمد النسائي لان الاجر غير معلوم ولا يصلح عوضا في البيع ؄ قال اسمعيل بن سعيد سألت أحمد عن الرجل يدفع البقرة الى الرجل على أن يعلفها ويحفظها ولدها بينهما فقال اكره ذلك وبه قال ابو ايوب وأبو خيثمة ولا أعلم فيه مخالفا لان العوض معدوم مجهول لا يدري ابو جدام لا ؄ الاصل عدوه

شهرًا بعشرين درهماً ، وإن قال أجرتكها شهرًا بدرم وما زاد فيحسب ذلك صح في الشهر الاول لأنه أفردته بالعقد وبطل في الزائد لأنه مجهول ، ويحتمل أن يصح في كل شهر تلبس به كالمو قال : أجرتكها كل شهر بدرم لأن معناهما واحد ، ولو قال أجرتكها هذا الشهر بدرم وكل شهر بعد ذلك بدرم أو قال بدرمين صح في الاول وفيما بعده وجهان

(فصل ، والاجارة عقد لازم من الطرفين ليس لواحد منهما فسخها وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي وذلك لأنها عقد معارضة فكان لازماً كالبيع ، ولأنها نوع من البيع وإنما اختصت باسم كما اختص الصرف والسلم باسم وسواء كان له عذر أو لم يكن ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة وأصحابه يجوز المكثري فسخها لعذر في نفسه مثل أن يكتري جملًا ليحج عليه فيمرض فلا يتمكن من الخروج أو تضيق نفقته أو يكتري دكانًا لبيع فيحترق متاعه وما أشبه هذا لأن العذر يعذر معه استيفاء المنفعة المعقود عليها فذلك به الفسخ كالمو استأجر عبدًا قابق ولنا أنه عقد لا يجوز فسخه مع استيفاء المنفعة المعقود عليها الغير عذر فلم يجوز لعذر في غير المعقود عليه كالبيع ، ولأنه لو جاز فسخه لعذر المكثري لجاز لعذر المكثري تسوية بين المتعاقدين ودفعًا للضرر عن كل واحد من العاقدين ولم يجوز ههنا ويفارق الأباقي فانه عذر في المعقود عليه

ولا يصلح أن يكون ثمنًا ، فإن قيل فقد جوزتم دفع الدابة إلى من يعمل عليها بنصف مغلها قلنا إنما جازم تشبيهها بالمضاربة ولأنها عين تنمي بالعمل فجاز اشتراط جزء من الثمن كالمضاربة والمساواة وفي مسئلتنا لا يمكن ذلك لأن الثمن الحاصل في الغنم لا يقف حصوله على عمله فيها فلم يمكن إلحاقه بذلك ، وذكر صاحب المحرر رواية أخرى أنه يجوز بناء على ما إذا دفع دابته أو عبده بجزء من كسبه والاول ظاهر المذهب لما ذكرنا من الفرق ، وعلى قياس ذلك إذا دفع نمله إلى من يقوم عليه بجزء من عمله وشمعه يخرج على الروايتين فإن اكتره على رعيه مادة معلومة بجزء معلوم منها صح لأن العمل والمدة والأجر معلوم فصح كالمو جمل الأجر دراهم ويكون الثمن الحاصل بينهما بحكم المالك لأنه ملك الجزء المجهول له منها في الحال فكان له نماؤه كالمو اشتراه

(مسئلة) وإن قال ان خطت الثوب اليوم فذلك درهم وان خطته غدا فذلك نصف درهم فهل يصح ؟

على روايتين

(إحداهما) لا يصح وله أجر المثل نقلها أبو الحارث عن أحمد وهو مذهب مالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور لأنه عقد واحد اختلف فيه العوض بالتقديم والتأخير فلم يصح كالمو قال بعثك بدرم نقداً بدرمين نسيئة (والثانية) يصح وهو قول الحارث المكي وأبي يوسف ومحمد لأنه يسمى لكل عمل عوضاً معلوماً فصح كالمو قال كل دلو بتمرة ، وقال أبو حنيفة ان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا لم يزد على درهمين وقد ينقص عن نصف درهم لأن المؤجر قد جعل له نصف درهم فلا ينقص منه وقد رضي في أكثر العمل

(مسئلة) قال (ومن استأجر عقاراً مدة بعينها فبدا له قبل تقضيها فقد لزمت له الاجرة كاملة)

وجعلته أن الاجارة عقد لازم يقتضي تملك المؤجر الاجر والمستأجر المنافع فاذا فسخ المستأجر الاجارة قبل انقضاء مدتها وترك الانتفاع اختياراً منه لم تنفسخ الاجارة والاجر لازم له ولم يزل ملكه عن المنافع كما لو اشترى شيئاً وقبضه ثم تركه ، قال الاثرم قلت لأبي عبد الله رجل اشترى بغير أنفها قدم المدينة قال له فاسخني ، قال ليس ذلك له قد لزمه الكراء ، قلت فان مرض المستكري بالمدينة فلم يجعل له فسخاً ، وذلك لانه عقد لازم بين الطرفين فلم يملك أحد المتعاقدين فسخه وإن فسخه لم يسقط العوض الواجب عليه كالبيع

(فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في إباحة اجارة العقار قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن استئجار المنازل والدواب جائز ولا تجوز اجارتها إلا في مدة معينة معلومة ولا بد من مشاهدته وتحديد مده فانه لا يصير معلوماً الا بذلك ولا يجوز اطلاقه ولا وصفه وبهذا قال الشافعي وقال ابو ثور اذا ضبط بالمصفة أجراً ، وقال أصحاب الرأي له خيار الرؤية كقولهم في البيع ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على البيع ، والخلاف هنا مبني على الخلاف في البيع ولم يكتف بالمصفة لانه لا يصير معلوماً الا بالرؤية كما لا يعلم في البيع ، الا بذلك فان كان داراً أو حماماً احتاج الى مشاهدة البيوت لان الفرض

بدرم فلا يزداد عليه وهذا لا يصح لانه ان صح العقد فله المسمى وان فسد فوجده كعده فيجب أجر المثل كسائر العقود الفاسدة

(مسئلة) (وإن قال ان خطته رومياً فذلك درهم ، وان خطته فارسياً فذلك نصف درهم فهل يصح ؟ على وجهين)

بناء على التي قبلها والخلاف فيها كالتي قبلها الا أن أبا حنيفة وافق صاحبيه في الصحة ههنا ولنا أنه عقد معاوضة لم يتعين فيه العوض ولا المعوض فلم يصح كما لو قال بعثك هذا بدرم أو هذا بدرمين ، وفارق هذا كل دلو بتمرة من وجهين (أحدهما) أن العمل الثاني ينضم إلى العمل الاول ولكل واحد منهما عوض مقدر فأشبهه ما لو قال بعثك هذه الصبرة كل قفيز بدرم وههنا الخطاطة واحدة بشرط فيها عوضا إن وجدت على صفة وعوضا إن وجدت على أخرى أشبه ما لو باع عشرة صحاح أو احدى عشرة مكسرة (والثاني) أنه وقف الاجارة على شرط بقوله ان خطته كذا فذلك كذا وان خطته كذا فذلك كذا بخلاف قوله كل دلو بتمرة

(فصل) نقل مهنا عن أحمد فيمن استأجر من جهال الى مصر بأربعين دينارا فان نزل دمشق فكراؤه ثلاثون فان نزل الرقة فكراؤه عشرون ، فقال إن اكترى الى الرقة بعشرة واكترى الى دمشق بعشرة والى مصر بعشرة جاز ولم يكن للجهال أن يرجع فظاهر هذا أنه لم يحكم بصحة العقد الاول

يختلف بصغرها وكبرها ومراقبتها ومشاهدة قدر الحمام ليعلم كبرها من صغرها ومعرفة ما. الحمام إمامن قناة أو بئر فإن كان من بئر احتاج إلى مشاهدتها ليعلم عمقها ومؤنة استسقاء الماء منها ومشاهدة الأتون ومطرح الرماد وموضع الزبل ومصرف ما. الحمام، فتي أهل بهذا أو بعضه لم تصح لأجباله بها يختلف الغرض به (فصل) وكره أحمد كراه الحمام وسئل عن كراهته فقال أخشى قفيل له إذا شرط على المكثري أن لا يدخله أحد بغير أزار فقال ومن يضبط هذا؟ وكأنه لم يعجبه قال ابن حامد هذا على طريق الكراهة تنزيها لا تحريما لانه تبدو فيه عورات الناس فتحصل الاجارة على فعل محظور فكرهه لذلك فاما العقد فصحيح وهذا قول أكثر أهل العلم . قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم ان كراه الحمام جائز إذا حددده وذكر جميع آله شهوراً مسماة وهذا قول مالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي لان المكثري انما يأخذ الاجر عوضاً عن دخول الحمام والاغتسال بآله وأحوال المسلمين محمولة على السلامة وان وقع من بعضهم فعل مالا يجوز لم يحرم الاجر المأخوذ منه كالأجر الكثرى داراً ليسكنها فشرب فيها خمرأ

(مسئلة) قال (ولا يتصرف مالك العقار فيه الا عند تقضي المدة)

وجعلته أن المستأجر يملك النافع بالعقد كما يملك المشتري المبيع بالبيع ويؤول ملك المؤجر عنها كما

لانه في معنى بيعتين في بيعه لكونه خيره بين ثلاثة عقود، ويتخرج فيه أن يصح بناء على المسئلتين قبل هذا ، ونقل عن أحمد في رجل استأجر رجلاً يحمل له كتاباً إلى الكوفة وقال إن أوصات الكتاب يوم كذا فلك عشرة روز وان تأخرت بعد ذلك يوم فلك عشرة فالاجارة فاسدة وله أجر مثله وهذا مثل الذي قبله (مسئلة) (وان أكره دابة وقال ان رددتها اليوم ففكر أوها خمسة وان رددتها غدا ففكر أوها عشرة فقال أحمد لا بأس به

نقل عبد الله فيمن أكره دابة وقال ان رددتها غدا ففكر أوها عشرة ، وان رددتها اليوم ففكر أوها خمسة لا بأس به ، وهذه الرواية تدل على صحة الاجارة والظاهر عن أحمد برواية الجماعة فيما ذكرنا فساد العقد على قياس بيعتين في بيعه ، وقال القاضي يصح في الأيام الأولى دون الثاني بقياس حديث علي والانصاري صحته فإن علياً أجر نفسه ليهودي يستقي له كل دلو بتمرة وكذلك الانصاري وسند كره (مسئلة) (وان أكره دابة عشرة أيام بعشرة دراهم فما زاد فله بكل يوم درهم فقال أحمد في رواية أبي الحارث هو جائز) ونقل ابن منبهر عنه فيمن أكره دابة من مكة إلى جدة بكذا فإن ذهب إلى عرفات بكذا فلا بأس ، ونقل عبد الله عنه لو قال أكرهتها عشرة فما حبسها فعليه في كل يوم عشرة أنه يجوز وهذه الروايات تدل على أن مذهبه أنه متى قدر لكل عمل معلوم أجراً معلوماً صح ، وتأول القاضي هذا كله على أنه يصح في الأول ويفسد في الثاني لان مدته

يزول ملك البائع عن المبيع فلا يجوز له التصرف فيها لأنها صارت مملوكة لغيره كما لا يملك البائع التصرف في المبيع ، فإن تصرف فيها نظرنا فإن كان ذلك في حال بدا للمستأجر قبل تقضي المدة مثل أن يكتري داراً سنة فيسكنها شهراً ويتركها فيسكنها المالك بقية السنة أو يؤجرها لغيره احتمال أن يفسخ العقد فيما استوفاه المالك لأنه يتصرف فيه قبل قبض المكتري ، له فأشبه ما لو تلف المكيل قبل تسليمه وسلم باقيه . فعلى هذا أن تصرف المالك في بعض المدة دون بعض انفسخ العقد في قدر ما تصرف فيه دون ما لم يتصرف فيه ويكون على المستأجر ما بقي ، فلو سكن المستأجر شهراً وتركها شهراً وسكن المالك عشرة أشهر لزم المستأجر أجر شهرين وإن سكنها شهراً وسكن المالك شهرين ثم تركها فعلى المستأجر أجر عشرة أشهر ويحتمل أن يلزم المستأجر أجر جميع المدة وله على المالك أجر المثل لما سكن أو تصرف فيه بقسط ذلك مما على المستأجر من الاجر ويلزمه الباقي لأنه تصرف فيما ملكه المستأجر عليه بغير إذنه فأشبه ما لو تصرف في المبيع بعد قبض المشتري له وقبض الدار ههنا قام مقام قبض المنافع بدليل أنه يملك التصرف في المنافع بالسكنى والاجارة وغيرها ، فعلى هذا لو كان أجر المثل الواجب على المالك بقدر المسمى في العقد لم يجب على المستأجر شيء ، وإن فضلت منه فضلة لزم المالك أدائها إلى المستأجر والاول أولى وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وإن تصرف المالك قبل تسليم العين أو امتنع من تسليمها حتى انقضت مدة الاجارة انفسخت الاجارة وجهاً واحداً لأن العاقد قد ألتف العقود عليه قبل تسليمه فانفسخ العقد كما لو باعه طعاماً فأتلفه قبل تسليمه ، وإن سلمها إليه في أثناء المدة انفسخت فيما مضى ويجب أجر الباقي بالخصه كالبيع اذا سلم بعضه وأتلف بعضاً

غير معلومة فلم يصح العقد فيه كما لو قال استأجر تلك لتحمل لي هذه الصبرة وهي عشرة أقفزة بدرهم وما زاد فبحسب ذلك . قال شيخنا : والظاهر عن أحمد خلاف هذا فإن قوله فهو جائز عاد إلى جميع ما قبله وكذلك قوله لا بأس ، ولأن لكل عمل عوضاً معلوماً فيصح كما لو استقى له كل دلو بتمرة وقد ثبت الأصل بالخبر الوارد فيه ومسائل الصبرة لأن نص فيها عن الإمام وقياس نصوصه صحة الاجارة وإن سلم فسادها فلان القفران التي شرط عملها غير معلومة بتعيين ولا صفة وهي مختلفة فلم يصح العقد لجهااتها بخلاف الأيام فاتها معلومة (مسألة) (ونص أحمد على أنه لا يجوز أن يكتري لمدة غزاة)

وهذا قول أكثر أهل العلم منهم الاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال مالك قد عرف وجه ذلك وأرجو أن يكون خفيفاً

ولنا أن المدة مجهولة والعمل مجهول فلم يجوز كما لو أكتراها لمدة سفره في تجارته ولأن مدة الغزاة تطول وتقصر ولا حد لها تعرف به والعمل فيها يقل ويكثر ونهاية سفرهم تقرب وتبعد فلم يجوز التقدير بها كغيرها من الاسفار المجهولة فإن فعل ذلك فله أجر المثل كالايجارات الفاسدة

(مسألة) (وإن سمي لكل يوم شيئاً معلوماً فحائز)

(مسئلة) قال (فان حوله المالك قبل تقضي المدة لم يكن له اجرة لما سكن)

يعني اذا استأجر عقارا مدة فسكنه بعض المدة ثم أخرجه المالك ومنعه تمام السكنى فلا شيء له من الاجرة ، وقال أكثر الفقهاء له أجر ما سكن لانه استوفى ملك غيره على سبيل المعاوضة فلزمه عوضه كالبيع اذا استوفى بعضه ومنعه المالك بقيته كما لو تعذر استيفاء الباقي لامر غالب ولنا أنه لم يسلم اليه ماعقد الاجارة عليه فلم يستحق شيئا كما لو استأجره ليحمل كتابا فحمله بعض الطريق أو استأجره ليحفر له عشرين ذراعا فحفر له عشرةا وامتنع من حفر الباقي، وقياس الاجارة على الاجارة اولى من قياسها على البيع ، ويفارق ما إذا امتنع لامر غالب لان له عذرا ، والحكم فيمن اكترى دابة فامتنع المكري من تسليمها في بعض المدة أو آجر نفسه أو عبده للخدمة مدة وامتنع من انعامها أو أجر نفسه لبناء حائط أو خياطة أو حفر بئر أو حمل شيء الى مكان وامتنع من اتمام العمل كالحكم في العقار يمتنع من تسليمه وأنه لا يستحق شيئا لما ذكرنا

(فصل) اذا هرب الاجير أو شردت الدابة أو أخذ المؤجر العين وهرب بها أو منعه استيفاء المنفعة منها من غير هرب لم تنفسخ الاجارة لكن يثبت للمستأجر خيار الفسخ فان فسخ فلا كلام وان لم يفسخ انفسخت الاجارة بمضي المدة يوما فيوما فان عادت العين في أثناء المدة استوفى ما بقي منها

وقال الشافعي لا يصح لان مدة الاجارة مجهولة . ولنا أن عليا رضي الله عنه أجر نفسه كل دلو بتمرة وكذلك الانصاري فلم ينكره النبي ﷺ ولان كل يوم معلوم مدته وأجره فصح كمالو أجره شهرا كل يوم بدرهم أو استأجره لقل صبرة معلومة كل قفيز بدرهم . اذا ثبت هذا فلا بد من تعيين ما يستأجر له من ركوب أو حمل معلوم ، ويستحق الاجر المسمى لكل يوم سواء أقامت أو شارت لان المنافع ذهبت في مدته أشبه مالو اكترى دارا وغلقها ولم يسكنها

(مسئلة) (وان أكره كل شهر بدرهم أو كل دلو بتمرة فالمنصوص عن أحمد أنه يصح وكلما دخل شهر لزمهما حكم الاجارة ولكل واحد منهما الفسخ عند انقضاء كل شهر ، وقال أبو بكر وابن حامد لا يصح) اختلف أصحابنا في ذلك فقال القاضي يصح ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور وهو اختيار الحرقى لان الشهر الاول يلزم الاجارة فيه باطلاق العقد لانه معلوم يلي العقد وأجره معلوم وما بعده من الشهور يلزم العقد فيه بالتبليس به وهو السكنى في الدار ان أجره دارا لانه مجهول حال العقد فاذا تبليس به تعيين الدخول فيه فصح بالعقد الاول ، وان لم تبليس به أو فسخ العقد عند انقضاء الاول انفسخ وكذلك حكم كل شهر يأتي وهذا مذهب أبي ثور وأصحاب الرأي ، وحكي عن مالك نحوه هذا الا أن الاجارة لا تكون لازمة عنده لان المنافع مقدرة بتقدير الاجر فلا يحتاج الى ذكر المدة الا في القروم واختار أبو بكر عبد العزيز وابن حامد وابن عقيل أن العقد لا يصح وهو قول الثوري والصحيح

فان انقضت المدة انفسخت الاجارة لفوات العقود عليه وان كانت الاجارة على موصوف في القيمة كخطاطة ثوب أو بناء حائط أو حمل الى موضع معين استؤجر من ماله من عمله كما لو أسلم اليه في شيء، فهرب أو بيع من ماله فان لم يمكن ثبت للمستأجر الفسخ فان فسخ فلا كلام وان لم يفسخ وصبر الى أن يقدر عليه فله مطالبته بالعمل لان ما في القيمة لا يفوت بهربه، وكل موضع امتنع الاجير من العمل فيه أو منع المؤجر المستأجر من الانتفاع إذا كان بعد عمل البعض فلا أجر له فيه على ما سبق الا أن يرد العين قبل انقضاء المدة أو يتم العمل ان لم يكن على مدة قبل فسخ المستأجر فيكون له أجر ما عمل فاما ان شردت الدابة أو تعذر استيفاء المنفعة بغير فعل المؤجر فله من الاجر بقدر ما استوفى بكل حال

(مسئلة) قال (فان جاء أمر غالب يحجز المستأجر عن منفعة ما وقع عليه المقدار منه من الاجر بمقدار مدة انتفاعه)

وجهه أن من استأجر عيناً مدة فحبل بينه وبين الانتفاع بها لم يخل من اقسام ثلاثة (أحدها) أن تتلف العين كدابة تنفق أو عبد يموت فذلك على ثلاثة أضرب (أحدها) أن تتلف قبل قبضها فان الاجارة تنفسخ بغير خلاف فعليه لان العقود عليه تلف قبل قبضه فاشبه ما لو تلف الطعام المبيع

من قولي الشافعي لأن كل اسم للعدد فاذا لم يقدره كان مجهولاً فيكون فاسداً كقوله أجرتك أشهراً وحمل أبو بكر وابن حامد كلام أحمد على أنه وقع على أشهر معينة . ووجه الاول أن علياً استقى لرجل من اليهود كل دلو بتمرة وجاء به الى النبي ﷺ فأكل منه قال كنت أدلو الدلو بتمرة واشترطها بجلدة وعن رجل من الانصار انه قال ليهودي أسقي نخلك ؟ قال نعم كل دلو بتمرة فاشترط الانصاري أن لا يأخذه خدرة ولا تارزة ولا حشفة ولا يأخذ الا جلدة فاستقى بنحو من صاعين فجاء به إلى النبي ﷺ . رواهما ابن ماجه وهو نظير مسألة اجارة الدار، ونص في المسئلة الاخرى، ولان شروعه في كل شهر مع ما تقدم العقد من الاتفاق على تقدير أجره والرضى ببذله به جرى مجرى ابتداء العقد عليه وصار كالبيع بالمعاطاة اذا وجد من المساومة مادل على التراضي بها، فعلى هذا متى ترك التلبس به في شهر لم تلزم الاجارة فيه لعدم العقد وكذلك ان فسخ وليس بفسخ في الحقيقة لان العقد الثاني ما ثبت والقياس يقتضي عدم الصحة لان العقد تناول جميع الاشهر وذلك مجهول ثم لا وجه لاعتبار الشروع في الشهر الذي يلي الاول مع كون الشهور كلها داخلة في اللفظ ، فأما أبو حنيفة فذهب الى أنها اذا تلبسا بالشهر الثاني فقد انصل القبض بالعقد الفاسد ، قال شيخنا ولا يصح هذا العذر لان العقد الفاسد في الاعيان لا يلزم بالقبض ولا يضمن بالمسمى ثم لم يحصل القبض ههنا الا فيما استوفاه وقول مالك لا يصح لان الاجارة من العقود اللازمة فلا يجوز أن تكون جائزة

قبل قبضه (الثاني) أن تلف عقيب قبضها فإن الاجارة تنفسخ أيضا ويسقط الاجر في قول عامة الفقهاء إلا أبا ثور حكى عنه أنه قال يستقر الاجر لأن المعقود عليه أنلف بعد قبضه أشبه المبيع وهذا غلط لأن المعقود عليه المنافع وقبضها باستيفائها أو التمكن من استيفائها ولم يحصل ذلك فاشبه تلفها قبل قبض العين (الثالث) أن تلف بعد مضي شيء من المدة فإن الاجارة تنفسخ فيما بقي من المدة دون ماضى ويكون المؤجر من الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة قال أحمد في رواية إبراهيم بن الحارث إذا اكترى بعيرا بعينه فنفق البعير يعطى بحساب ماركب وذلك لما ذكرنا من أن المعقود عليه المنافع وقد تلف بعضها قبل قبضه فبطل العقد فيما تلف دون ما قبض كما لو اشترى صبرتين فقبض إحداهما وتلفت الاخرى قبل قبضها ثم ننظر فإن كان أجر المدة متساويا فعليه بقدر ماضى ان كان قد مضى النصف فعليه نصف الاجر وإن كان قد مضى الثلث فعليه الثلث كما يقسم الثمن على المبيع المتساوي، وإن كان مختلفا كدار أجراها في الشتاء أكثر من أجراها في الصيف وأرض أجراها في الصيف أكثر من الشتاء أو دار لها موسم كدور مكة رجم في تقويمه إلى أهل الخبرة ويقسط الاجر المسمى على حسب قيمة المنفعة كقسمة الثمن على الاعيان المختصة في البيع وكذلك لو كان الاجر على قطع مسافة كبير استأجره على حمل شيء إلى مكان معين وكانت متساوية الاجزاء أو مختلفة وهذا ظاهر مذهب الشافعي

(فصل) إذا قال أجرتك داري عشرين شهرا كل شهر بدرهم جاز بغير خلاف لأن المدة معلومة والاجر معلوم وليس لواحد منهما نسخ بحال لأنها مدة واحدة فأشبهه ما لو قال أجرتك عشرين شهرا بعشرين درهما، فإن قال أجرتكها شهرا بدرهم وما زاد فبحساب ذلك صح في الشهر الاول لأنه أفراد بالعقد وبطل في الزائد لأنه مجهول، ويحتمل أن يصح في كل شهر تليس به كما لو قال أجرتكها كل شهر بدرم لأن معناها واحد، ولو قال أجرتكها هذا الشهر بدرم وكل شهر بعد ذلك بدرم أو بدرهمين صح في الاول وفيما بعده وجهان لما ذكرنا

(فصل) في مسائل الصبرة وهي شمسائل (أحداها) أن يقول استأجرتك لثلث عشرة الصبرة إلى مصر بعشرة فهي صحيحة بغير خلاف فعلمه لأن الصبرة معلومة بالمشاهدة فجاز الاستئجار عليها كانوا علم كذا (الثانية) قال استأجرتك تحملها كل قفيز بدرم فيصح وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يصح في قفيز ويطل فيأزاد، ومبنى الخلاف على الخلاف في يها وقد ذكرناه (الثالثة) قال تحملها لي قفيز بدرم وما زاد فبحساب ذلك فيجوز كما لو قال كل قفيز بدرم وكذلك كل لفظ يدل على ارادة حمل جميعها كقوله لتحمل قفيزا منها بدرم وسائرهما أو باقيا بحساب ذلك أو قال وما زاد بحساب ذلك يريد باقيا كله إذا فهم ذلك من اللفظ لدلالته عندهما عليه أو قرينة صرفت اليه (الرابعة) قال لتحمل قفيزا منها بدرم وما زاد فبحساب ذلك يريد بها حملته من باقيا فلا يصح ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لأن المعقود عليه بعضها وهو مجهول. ويحتمل أن يصح لأنه في معنى كل دلو بتمرة (الخامسة) قال لتحمل لي منها كل

(فصل) القسم الثاني أن يحدث على العين ما يمنع نفعها كدار انهدمت وأرض غرقت أو انقطع ماؤها فهذه ينظر فيها فإن لم يبق فيها نفع أصلاً فهي كالنافعة سواء ، وإن بقي فيها نفع غير ما استأجرها له مثل أن يكن الانتفاع بعرضة الدار والأرض لوضع حطب فيها أو نصب خيمة في الأرض التي استأجرها المزرع أو صيد السمك من الأرض التي غرقت انفسخت الاجارة أيضاً لان المنفعة التي وقع عليها العقد تلفت فانفسخت الاجارة كما لو استأجر دابة ليركبها فزمنت بحيث لا تصاح الا للتدور في الرعى . وقال القاضي في الأرض التي ينقطع ماؤها لانفسخ الاجارة فيها وهو منصوص القاضي لان المنفعة لم تبطل جهلة لانه يمكن الانتفاع بعرضة الأرض بنصب خيمة أو جمع حطب فيها أو شبه ما لو نقص نفعها مع بقائه ، فعلى هذا بخير المستأجر بين الفسخ والامضاء فإن فسخ فحكمه حكم العبد اذا مات ، وإن اختار امضاء العقد فعليه جميع الاخر لان ذلك عيب فانما رضي به سقط حكمه فان لم يختر الفسخ ولا الامضاء اما لجهله بأن له الفسخ أو لغير ذلك فله الفسخ بعد ذلك والاول أصح لان بقا غير المعقود عليه لا يمنع انفساخ العقد بتلف المعقود عليه كما في البيع ، ولو كان النفع الباقي في الاعيان مما لا يباح استيفاءه بالعقد كدابة استأجرها للركوب فصارت لا تصاح الا للحمل أو بالعكس انفسخ العقد وجهاً واحداً لان المنفعة الباقية لا يملك استيفاءها مع سلامتها فلا يملكها مع تعيها كبيعها ، وأما ان يمكن الانتفاع

قفيز بدرم فهي كالرابعة سواء . (السادسة) قال لتحمل لي منها قفيزاً بدرم على أن تحمل الباقي بحساب ذلك فلا يصح لأن في معنى بيعتين في بيعة . ويحتمل أن يصح لان معناه لتحمل لي كل قفيز منها بدرم (السابعة) قال لتحمل لي هذه الصبرة كل قفيز بدرم وتقل لي صبرة أخرى في البيت بحساب ذلك ، فان كانا يعلمان الصبرة التي في البيت بالمشاهدة صح فيهما لانها كالصبرة الواحدة وإن جهل أحدهما صح في الاولى وبطل في الثانية لأنهما عقدان أحدهما على معلوم والثاني على مجهول فصح في المعلوم وبطل في المجهول كما لو قل بعتك عبدي هذا بعشرة وعبيدي الذي في البيت بعشرة [الثامنة] قال لتحمل لي هذه الصبرة والتي في البيت بعشرة فان كانا يعلمان التي في البيت صح فيهما وإن جهلا ما بطل فيهما لانه عقد واحد بعرض واحد على معلوم ومجهول بخلاف التي قبلها . فان كانا يعلمان التي في البيت لكنها منصوبة أو امتنعت تصحيج العقد فيها لما منع اختص بها بطل العقد فيها ، وفي صحته في الاخرى وجهان بناء على تفريق الصفة الا أنها إن كانت قفزاتها معلومة أو قدر إحداها معلوم من الاخرى فالأولى صحته لان قسط لاجر فيها معلوم ، وإن لم يكن كذلك فالأولى بطلانه لجهالة العرض فيها (التاسعة) قال لتحمل لي هذه الصبرة وهي عشرة أفزة بدرم فان زادت على ذلك فالزائد بحساب ذلك صح في العشرة لأنها معلومة ولم يصح في الزيادة لأنها مشكوك فيها ولا يجوز العقد على ما يشك فيه (العاشرة) قال لتحمل لي هذه الصبرة كل قفيز بدرم فان قدم لي طعام فحملته فبحساب ذلك صح أيضاً في الصبرة وفسد في الزيادة لما ذكرنا

بالعين فيما أكثرها له على نعت من القصور مثل أن يمكنه زرع الأرض بغير ماء أو كان الماء ينحسر عن الأرض التي غرقت على وجه يمنع بعض الزراعة أو يسوء الزرع أو كان يمكنه سكنى مساحة الدار أما في خيمة أو غيرها لم تنفسخ الإجارة لأن المنفعة المعقود عليها لم تنزل بالسكنى فأشبهه مالو تعينت والمستأجر خيار الفسخ على ما ذكرناه إلا في الدار إذا تهدمت فإن فيها وجهين (أحدهما) لا تنفسخ الإجارة (والثاني) تنفسخ لأنه زال اسمها بهدمها ودعت المنفعة التي تقصد منها ولذلك لا يستأجر أحد عرصه دار ليسكنها ، فأما أن كان الحادث في العين لا يضر بما تفرق الأرض بماء ينحسر في قرب من الزمان لا يمنع الزرع ولا يضر واقتطاع الماء عنها إذا ساق المؤجر إليها ماء من مكان آخر أو كان انقطاعه في زمن لا يحتاج إليه فيه فليس للمستأجر الفسخ لأن هذا ليس بعيب ، وإن حدث الفرق المضر أو اقتطاع الماء أو تهدم بعض العين المستأجرة فلذلك البعض حكم نفسه في الفسخ أو ثبوت الخيار وللمكترخي الخيار في بقية العين لأن الصفة نهضت عليه ثل اختار الامساك أمسك بالخصه من الاجر كما اذا تلف أحد التفيزين من الطعام في يد البائع

(فصل) القسم الثالث أن تغصب العين المستأجرة للمستأجر الفسخ لأن فيه تأخير حقه فان فسخ فالحكم فيه كما لو انفسخ العقد بتلف العين سواء ، وإن لم يفسخ حتى انقضت مدة الإجارة فله الخيار بين الفسخ والرجوع بالمسمى وبين البقاء على العقد ومطالبة الغاصب بأجر المثل لأن المعقود عليه لم يفت مطلقا بل الى بدل وهو القيمة فأشبهه مالو أتلقت النمرة المبيعة آدمي قبل قطعها ويتخرج انفساخ

(فصل) قال المصنف رحمه الله [الثالث أن تكون المنفعة مباحة مقصودة فلا يجوز على الزنا والزمر والغناء ولا إجارة دار يجعلها كنيسة أو بيت ناز ، أو لبيع الخمر أو القمار]
وجملة ذلك أن من شرط صحة الإجارة أن تكون المنفعة مباحة فإن كانت محرمة كالزنا والزمر والنوح والغناء لم يجز الاستئجار لفعله وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وصاحباه وأبو ثور ، وكره ذلك الشعبي والنخعي لأنه محرم فلم يجز الاستئجار عليه كإجارة الأمة للزنا . قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال إجارة النائحة والغنية

(فصل) ولا يجوز استئجار كاتب يكتب له غناء أو نوحا ، وقال أبو حنيفة يجوز . ولنا أنه انتفاع بمحرم أشبه ما ذكرناه ، ولا يجوز الاستئجار على كتب شعر محرم ولا بدعولا شي محرم لذلك (فصل) ولا يجوز إجارة داره لمن يتخذها كنيسة أو بيعة أو لبيع الخمر أو القمار وبه قال الجماعة ، وقال أبو حنيفة إن كان بيتك في السواد فلا بأس وخالفه صاحباه ، واختلف أصحابه في تأويل قوله ولنا أنه فعل محرم فلم تجز الإجارة عليه كإجارة عبده الفجور ، ولو أكثرى ذمي من مسلم داراً فأراد بيع الخمر فيها فلصاحب الدار منه ، وبذلك قال الثوري . وقال أبو حنيفة إن كان بيتك في السواد والجبل فله أن يفعل ما يشاء . ولنا أنه محرم جاز المنع منه في المصر فجاز في السواد كقتل النفس المحرمة

العقد بكل حال على الرواية التي تقول إن منافع الغصب لا تضمن وهو قول أصحاب الرأي ولا أصحاب الشافعي في ذلك اختلاف ، وإن زادت العين في أثناء المدة ولم يكن فسخ استوفى ما بقي منها ويكون فيما مضى من المدة مخبراً بذكرنا ، وإن كانت الاجارة على عمل كخيامة ثوب أو حمل شيء إلى موضع معين فغصب جله الذي يحمل عليه وعبداء الذي يخطط له لم يفسخ العقد وللمستأجر مطالبة الاجبر بعرض المفعوب وإقامة من يعمل العمل لأن العقد على ما في القصة كما لو وجد بالمسلم فيه عيباً فردته فإن تعذر البذل ثبت للمستأجر الخيار بين الفسخ أو الصبر إلى أن يقدر على العين المفعوبة فيستوفى منها (فصل) (القسم الرابع) أن يتعذر استيفاء المنفعة من العين بفعل صدر منها مثل أن يأبق العبد أو تشرد الدابة وقد ذكرنا حكم ذلك فيما قبل هذا

(فصل) (القسم الخامس) أن يحدث خوف عام يمنع من سكنى ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة أو تحصر البلد فيمتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة لزرع ونحو ذلك فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ لأنه أمر غالب يمنع المستأجر استيفاء المنفعة فأثبت الخيار كغصب العين ، ولو استأجر دابة ليركبها أو يحمل عليها إلى مكان معين فانقطعت الطريق إليه لحرق حادث أو أكثر إلى مكة فلم يجز للناس ذلك العام من تلك الطريق فلشكل واحد منهما فسخ الاجارة ، وإن أحب إبقاءها إلى حين أمكن

(مسئلة) () ولا يجوز الاستئجار على حمل المينة والخمر وعنه يصبح لغيره أكل أجرته

لا يجوز الاستئجار على حمل الخمر لمن يشتريها أو يأكل المينة ولا على حمل خنزير لذلك ، وبه قال أبو يوسف ومحمد والشافعي . وقال أبو حنيفة يجوز لأن العمل لا يتعين عليه بدليل أنه لو حمله مثله جاز لأنه لو قصد إراقته أو طرح المينة جاز . وقد روي عن أحمد فيمن حمل خنزيراً لذية أو خمرأً لنصراني أكره أكل كرائه ولكن يقضى للعامل بالكرا . فإذا كان مسلم فهو أشد . قال القاضي : هذا محمول على أنه استأجره ليريقها فأما للشرب فمحذور لا يحل أخذ الاجر عليه

قال شيخنا : وهذا تأويل بعيد لقوله : أكره أكل كرائه وإذا كان مسلم فهو أشد والمذهب خلاف هذه الرواية لأنه استئجار لفعل محرم فلم يصبح كالزنا ، ولأن النبي ﷺ لمن حاملها والمحمولة إليه . وقول أبي حنيفة لا يتعين يبطل بما لو استأجر أرضاً ليتخذها مسجداً ، فأما حمل الخمر لراققتها والمينة لطرحتها والاستئجار لكسح الكنيف فجائز لأن ذلك مباح ، وقد استأجر النبي ﷺ أناطية فحجمه . وقال أحمد في رواية ابن منصور فيمن يؤاجر نفسه لنظارة كرم نصراني : يكره ذلك لأن الأصل في ذلك راجع إلى الخمر (فصل) قد ذكرنا أن الاستئجار لكسح الكنيف جائز إلا أنه يكره له أكل أجرته كأجرة

الحجام بل هذا أولى . وقد روى سعيد بن منصور أن رجلاً حج وأتى ابن عباس فقال له أي رجل أكنس فأتى في مكسي ؟ قال أي شيء نكنس ؟ قال العذرة ، قال : ومنه حجبت ومنه تزوجت ؟ قال نعم . قال أنت خبيث وحجك خبيث وما تزوجت خبيث . ونحو هذا . ولأن فيه دناءة فكره

استيفاء المنفعة جاز لان الحق لهما لا يعدوهما ، فاما ان كان الخوف خاصا بالمستأجر مثل أن يخاف وحده اقرب أعدائه من الموضع المستأجر أو حلولهم في طريقه لم يملك الفسخ لانه عذر يختص به لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلية فاشبه مرضه وكذلك لو حبس أو مرض أو ضاعت نفقته أو تلف متاعه لم يملك فسخ الاجارة لذلك لانه ترك استيفاء المنافع لمعنى من جهته فلم يمنع ذلك وجوب أجرها عليه كما لو تركها اختيارا

(فصل) وإذا اكترى عينا فوجد بها عيبا لم يكن علم به فله فسخ العقد بغير خلاف نعلمه ، قال ابن المنذر اذا اكترى دابة بعينها فوجد بها جوحا أو عضوضا أو نفورا أو بها عيب غير ذلك مما يفسد ركبها فلا مكترى الخيار ان شاء ردها وفسخ الاجارة وان شاء أخذها وهذا قول أبي ثور وأصحاب الرأي ولانه عيب في المعقود عليه فأثبت الخيار كالعيب في بيع الاعيان ، والعيب الذي يرد به ما تنقص به قيمة المنفعة كعثر الظهر في المشي والعرج الذي يتأخر به عن القافلة وريض البهيمة بالحمل وكونها جوحا أو عضوضا أو أشباه ذلك ، وفي المكترى للخدمة ضعف البصر والجنون والجذام والبرص ، وفي الدار انهدام الحائط والخوف من سقوطها واقطاع الماء من ثرها أو تغييره بحيث يمتنع الشرب والوضوء ، وأشبه ذلك من النقائص ، ومتى حدث شيء من هذه العيوب بعد العقد ثبت للمكترى

كالخجامة . وانما قلنا بجواز الاجارة عليه لدعو الحاجة اليه ولا يندفع ذلك الا بالاباحة فجاز كالحجامة (فصل) ويشترط أن تكون المنفعة مقصودة فلا يجوز استئجار شمع ليتجمل به وبرده ولا طعام ليتجمل به على مائدته ثم ايرده ولا النقود ليتجمل بها الدكان لانها لم تخاق لذلك ولا تراد له فبذل العوض فيه سفه وأخذه من أكل المال بالباطل ، وكذلك استئجار ثوب ليوضع على سرير الميت لما ذكرنا (فصل) (قال الشيخ رحمه الله) والاجارة على ضربين (أحدهما) اجارة عين . فتجوز اجارة كل عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مبقائها (كالارض والدار والصيد والبهيمة والثياب والفساطيط والخيال والخيام والمحامل والسرير والجام والسيف والرمح وأشياء ذلك . وقد ذكرنا بعض ذلك في مواضعه) (مسألة) (ويجوز له استئجار حائط ليضع عليه أطراف خشبه) إذا كان الخشب معلوما والمدة معلومة وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة لا يجوز . ولنا أن هذه منفعة مقصودة مقدور على تسليمها واستيفائها فجازت الاجارة عليها كاستئجار السطح فنوم عليه

(مسألة) (ويجوز استئجار حيوان لبيصيد به إلا الكلب)

يجوز استئجار الفهد والبازي والصقر ونحوه للصيد في مدة معلومة لان فيه نفعاً مباحاً تجوز إعارته فجازت إجارته له كالذابة ، فأما اجارة سباع البهائم والطير التي لا تصلح للصيد فلا تجوز اجارتها لانه لا نفع فيها وكذلك اجارة الكلب والخنزير لانه لا يجوز بيعه . ويخرج جواز اجارة الكلب الذي يباح اقتناؤه لان فيه نفعاً مباحاً تجوز اعارته له فجاز اجارته له كغيره . ولأصحاب الشافعي وجهان كذا في

خيار الفسخ لأن المنافع لا يحصل قبضها إلا شيئاً فشيئاً ، فإذا حدث العيب فقد وجد مثل قبض الباقي من العقود عليه فأثبت الفسخ فيها بقي منها ومتى فسخ فالحكم فيه كما لو انفسخ العقد ب تلف العين ، وإن رضي المقام ولم يفسخ لزمه جميع العوض لأنه رضي به ناقصاً فأشبهه ما لو رضي بالمبيع معيباً ، وإن اختلفا في الموجود هل هو عيب أولاً؟ رجع فيه إلى أهل الخبرة فإن قالوا ليس بعيب مثل أن تكون الدابة خشنة المشي أو أنها تنعب راكبها لكونها لا تركب كثيراً فليس له فسخ ، وإن قالوا هو عيب فله الفسخ هذا إذا كان العقد يتعلق بعينها فاما إن كانت موصوفة في القيمة لم يفسخ العقد وعلى المكري إبدائها لأن العقد لم يتعلق بعينها أشبه المسلم فيه إذا سلمه على غير صفته فإن عجز عن إبدائها أو امتنع منه ولم يمكن إجباره عليه فللمكترى الفسخ أيضاً

(فصل) وعلى المكري ما يتمكن به من الانتفاع كتسليم مفاتيح الدار والحمام لأن عليه التمكين من الانتفاع وتسليم مفاتيحها تمكين من الانتفاع فوجب عليه ، فإن ضاعت بغير تفريط من المكترى فعلى المكري بدلها لأنها أمانة في يده المكترى فأشبه ذلك حيطان الدار وأبوابها ، وعليه بناء حائط إن سقط وأبدال خشبه إن انكسر ، وعليه تبليط الحمام وعمل الأبواب والبزل ومجرى الماء لأن بذلك يتمكن من الانتفاع وما كان لاستيفاء المنافع كالحبل والدلو والبكرة فعلى المكترى وأما التحسين والتزويق فلا يلزم واحداً منهما لأن الانتفاع ممكن بدونهما وأما تنقية البالوعة والكنف فإن احتيج إلى ذلك عند الكراء فعلى المكري لأن ذلك مما يتمكن به من

(مسألة) (ويجوز استئجار كتاب ليقرأ فيه إلا المصحف في أحد الوجهين)

تجوز اجارة كتب العلم التي يجوز بيعها للانتفاع بها من القراءة فيها والنسخ منها والرواية وغير ذلك من الانتفاع المقصود المحتاج إليه . وهذا مذهب الشافعي ، ومقتضى قول أبي حنيفة أنه لا تجوز اجارتها لأنه علل منع اجارة المصحف بأنه ليس في ذلك أكثر من النظر إليه ولا تجوز الاجارة لمثل ذلك كما لا يجوز أن يستأجر سقفا لينظر إلى عمله

ولنا أن فيه نفعاً مباحاً يحتاج إليه تجوز الاعارة له فجازت الاجارة له كسائر المنافع . وفارق النظر إلى السقف فإنه لا حاجة إليه ولا جرت العادة بالاعارة من أجله ، وتجوز اجارة كتاب فيه خط حسن ينقل منه ويكتب عليه على قياس ذلك

(فصل) وفي اجارة المصحف وجهان [أحدهما] لا يصح اجارته لأنه لا يصح بيعه إجلالاً لكتاب الله تعالى وكلامه عن المعاوضة به وابتذاله بالتمن في البيع والاجرة في الاجارة [والثاني] يصح وهو مذهب الشافعي لأنه انتفاع مباح تجوز الاعارة من أجله فجازت اجارته كسائر الكتب ، ولا يلزم من عدم جواز البيع عدم جواز الاجارة كالحر

(فصل) والذي يحرم بيعه يحرم اجارته إلا الحر والوقف وأم الولاد فإنه يجوز اجارتها وإن حرم بيعها ، وما عدا ذلك لا تجوز اجارته ، وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى

٣٣ اذا شرط على مكثري الحمام أو نحوه أن مدة تعطيله عليه لم يصح (المفني والشرح الكبير)

الانتفاع، وإن امتلأت بفعل المكثري فعليه تفريضها وهذا قول الشافعي وقال أبو ثور هو على رب الدار لأن به يتمكن من الانتفاع فأشبه ما لو اكثري وهي ملأى وقال أبو حنيفة القياس أنه على المكثري والاستحسان أنه على رب الدار لأن عادة الناس ذلك

ولنا أن ذلك حصل بفعل المكثري فكان عليه تنظيفه كما لو طرح فيها قاشا والقول في تفريغ حية الحمام التي هي مصرف الماء كالقول في بالوعة الدار، وإن انقضت الاجارة وفي الدار زبل أو قامة من فعل الساكن فعليه نقله وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي

(فصل) وإن شرط على مكثري الحمام، أو غيره أن مدة تعطيله عليه لم يجز لأنه لا يجوز أن يؤثر مدة لا يمكن الانتفاع في بعضها ولا يجوز أن يشترط أنه يستوفي بقدرها بعد انقضاء مدته لأنه يؤدي إلى أن يكون انتهاء مدة الاجارة مجهولا فإن أطلق وتعطل فهو عيب حادث والمكثري بالخيار بين الامساك بكل الاجر وبين الفسخ، ويتخرج أن له ارش العيب قياساً على المبيع المعبى، وإن لم يعلم بالعيب حتى انقضت مدة الاجارة فعليه الاجر كله لأنه استوفى المعقود عليه فأشبه ما لو علم العيب بعد العقد فرضيه، ويتخرج أن له ارش العيب كما لو اشترى معيماً فلم يعلم عيبه حتى أكله أو تلف في يده (فصل) وإن شرط الانتفاع على العين النفقة الواجبة على المكثري كهمارة الحمام اذا شرطها على المكثري فالشرط فاسد لأن العين ملك للمؤجر فنقضتها عليه، وإذا أنفق بناء على هذا احتسب به على

(مسئلة) (ويجوز استئجار النقد لتحلي والوزن لا غير)

إذا كان في مدة معلومة وبه قول أبو حنيفة وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي والوجه الآخر أنه لا يجوز اجارتها لأن هذه المنفعة ليست المقصود منها ولذلك لا تضمن منفعتها بغصبها فاشبهت الشمع ولنا أنها عين يمكن الانتفاع بهامم بقاء عينها منفعة مباحة فاشبهت الحلي، وفارق الشمع فإنه لا ينتفع به إلا بما يتلف عينه

(مسئلة) (فإن أطلق الاجارة لم يصح في أحد الوجهين ويصح في الآخر وينتفع بها في ذلك)

وهذا اختيار أبي الخطاب لأن منفعتها في الاجارة متعينة في التحلي والوزن وهما متقاربان فوجب أن تحمل الاجارة عند الاطلاق عليهما كاستئجار الدار مطلقاً فإنه يتناول السكنى ووضع المشاع فيها، فعلى هذا ينتفع بها فيما شاء، منهما، وقيل القاضي لا تصح الاجارة وتكون قرضاً وهذا مذهب أبي حنيفة لأن الاجارة تقتضي الانتفاع والمعتاد بالدراهم والدنانير إنما هو باعياً لها فإذا أطلق الانتفاع حمل على الانتفاع المعتاد، وقال أصحاب الشافعي لا تصح الاجارة ولا تكون قرضاً لأن التحلي ينقصها والوزن لا ينقصها فقد اختلفت جهة الانتفاع فلم يجز إطلاقها، ولا يجوز أن يعبر بها عن القرض لأن القرض تملك للعين والاجارة تملك المنفعة تقتضي الانتفاع مع بقاء العين فلم يجز التعبير بأحدهما عن الآخر، ولأن التسمية والالفاظ تؤخذ نقلاً ولم يعهد في اللسان التعبير بالاجارة عن القرض، قال شيخنا وقول أبي الخطاب أصح

المكري لأنه أنفق على ملكه بشرط العوض ، فإن اختلفا في قدر ما أنفق فالقول قول المكري لأنه منكر ، فإن لم يشترط لكن أذن له في الانفاق ليحتسب له من الاجر ففعل ثم اختلفا فالقول قول المكري أيضا ، وإن أنفق من غير اذنه لم يرجع بشيء . لأنه أنفق على ماله بغير اذنه نفقة غير واجبة على المالك فاشبه ما لو عمر دارا له أخرى

(مسئلة) قال (ومن استؤجر لمعمل شيء بعينه فرض أقيم مقامه من يعمله والأجرة على المريض)

وجملة ذلك أنه يجوز استئجار الأدي بغير خلاف بين أهل العلم وقد أجمروا عليه السلام نفسه لرعاية الغنم واستأجر النبي ﷺ وأبو بكر جلايلهما على الطريق وذكر النبي ﷺ رجلا استأجر أجرا كل أجير بفرق من ذرة وقال « إنما مثلكم ومثل أهل الكتاب كمثل رجل استأجر أجرا فقال من يعمل لي من غدوة إلى نصف النهار على قبر اطفير اطفير اطفير ؟ فعملت اليهود ، ثم قال من يعمل لي من نصف النهار إلى العصر على قبر اطفير اطفير ؟ فعملت النصارى ، ثم قال من يعمل لي من العصر إلى غروب الشمس على قبر اطين قبر اطين ؟ فعملتم أنتم فغضبت اليهود والنصارى وقالوا نحن أكثر عملا وأقل أجرا فقال هل ظلمتكم من أجركم شيئا ؟ قالوا قال فأنما هو

إن شاء الله تعالى لأن العقد مني أمكن عمله على الصحة كان أولى من إفساده وقد أمكن حملها على إيجارها للجهة التي تجوز إيجارها فيها ، وقول القاضي لا يصح لما ذكرنا ، وما ذكر أصحاب الشافعي من نقص العين بالاستعمال في التحلي فبعد فإن ذلك يسير لا أثر له فوجوده كعدمه

(فصل) ويجوز أن يستأجر نخلا ليحفف عليها الثياب ويسطها عليها ليستظل بظلها ولاصحاب الشافعي في ذلك وجهان لما ذكره في الأمان

ولنا أنها لو كانت مقطوعة لجاز استئجارها لذلك فكذلك الثابتة وذلك لأن الانتفاع يحصل بهما على السواء في الحالتين فإجاز في إحداهما يجوز في الأخرى ولأنها شجرة فجاز استئجارها لذلك كالمقطوعة ولأنها منفعة مقصودة يمكن استيفاؤها مع بقاء العين فجاز العقد عليها كولو كانت مقطوعة

(فصل) ويجوز استئجار ما يبقى من الطبيب والصندل وقطع الكافور والندشمه للرضى وغيرهم مدة ثم يرد لأنها منفعة أشبهت الوزن والتحلي مع أنه لا ينفك من أخلاق وبلى

(فصل) يجوز استئجار دار يتخذها مسجدا يعلى فيه وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز لأن فعل الصلاة لا يجوز استحقاقه بعقد الإجارة بحال فلا يجوز الإجارة لذلك

ولنا أن هذه منفعة مباحة يمكن استيفاؤها من العين مع بقائها فجاز استئجار العين لها كالسكنى ويفارق الصلاة فإنها لا تدخل النيابة فيها بخلاف المسجد

(مسئلة) (ويجوز استئجار ولفه لخدمته وامراته لرضاع ولفه وحضاته)

(المفني والشرح الكبير) (٥) (الجزء السادس)

فضلي أوتيه من أشاء» ولأنه يجوز الانتفاع به مع بقا عينه فجازت اجارته كاللدور ، ثم اجارته تقع على ضربين (أحدهما) استئجاره مدة بعينها لعمل بعينه كاجارة مومي عليه السلام نفسه ثماني حجج واستئجار الاجراء المذكورين في الخبر (والثاني) استئجاره على عمل معين في الذمة كاستئجار النبي ﷺ وأبي بكر دليلا يدلها على الطريق واستئجار رجل لخياطة قبص أو بناء حائط ، ويتنوع ذلك نوعين (أحدهما) أن تقع الاجارة على عين كاجارة عبده لرعاية غنمه أو ولده لعمل معين (والثاني) أن تقع على عمل في الذمة كخياطة قبص وبناء حائط فتى كانت على عمل في ذمته فرض وجب عليه أن يقبم مقامه من عمله لأنه حق وجب في ذمته فوجب عليه إيفاؤه كالسلم فيه ولا يجب على المستأجر انظاره لأن العقد باطل لانه يقتضي التعجيل وفي التأخير اضرار به ، فأما أن كانت الاجارة على عباده في مدة أو غيرها فمريض لم يقم غيره مقامه لأن الاجارة وقعت على عمله بعينه لا على شيء في ذمته وعمل غيره ليس معقوداً عليه وإنما وقع العقد على معين فأشبه ما لو اشترى معيناً لم يجز أن يدفع اليه غيره ولا يبدله بخلاف ما لو وقع في الذمة فانه يجوز ابدال المعيب ، ولا يفسخ العقد بتلف ما تسلمه والمبيع المعين بخلافه ، فكذلك الاجارة ، وإن كانت الاجارة على عمل في الذمة لكنه لا يقوم غير الاجير مقامه كالتسخ فانه يختلف القصد فيه باختلاف الخطوط لم يكلف إقامة غيره مقامه ولا يلزم المستأجر قبول ذلك أن بذله الاجير لأن الغرض لا يحصل من غير التناسخ كحصوله منه فأشبه ما لو أسلم اليه في نوع فسلم اليه غيره وهكذا كل ما يختلف باختلاف الاعيان

يجوز استئجار ولده لخدمته كلاجني واستئجار أمه وأخته وابنته لرضاع ولده وكذلك سائر أقاربه بغير خلاف كلاجانب ، فأما استئجار امرأته لرضاع ولده منها فيجوز في الصحيح من المذهب قال الحرقي أن أرادت الأم أن ترضع ولدها باجرة مثلها فهي أحق به من غيرها سواء كانت في جبال الزوج أو مطلقة وقال القاضي لا يجوز تناول كلام الحرقي على أنها في جبال زوج آخر وهو قول أصحاب الرأي وحكي عن الشافعي لأنه قد استحق حبسها والاستمتاع بها بعوض فلا يجوز أن يلزمه آخر لذلك

ولنا أن كل عقد يصح أن تعقده مع غير الزوج يصح أن تعقده معه كالبيع ولأن منافعها في الرضاع والحضانة غير مستحقة الزوج بدليل أنه لا يملك إجبارها على ذلك ويجوز أن تأخذ عليها العوض من غيره فجازلها أخذه منه كمن مالها ، قولهم أنها استحققت عوض الحبس والاستمتاع قلنا هذا غير الحضانة واستحقاق منفعة من وجه لا يمنع استحقاق منفعة سواها بعوض آخر كالواستأجرها ثم تزوجها ، وتأويل القاضي كلام الحرقي بخالف الظاهر من وجبين (أحدهما) أن الألف واللام في الزوج للمعهود وهو أبو الطفل (الثاني) أنها إذا كانت في جبال زوج آخر لا تكون أحق به بل يسقط حقها من الحضانة ثم ليس لها أن ترضع إلا باذن زوجها ففسد التأويل

(مسألة) (ولا تصح الاجارة الا بشروط خمسة أحدها أن يعقد على نعم العين دون أجزائها)

(فصل) يجوز الاستئجار لحفر الآبار والأنهار والقني لأنها منفعة معلومة يجوز أن ينطوع بها الرجل على غيره فجاز عقد الاجارة عليه كالخدمة، ولا بد من تقدير العدل بمدة أو عمل معين فان قيده بمدة نحو أن يقول استأجر لك شهراً لتحفر لي بئراً أو نهراً لم يحتاج الى معرفة القدر، وعليه أن يحفر ذلك الشهر قليلاً حفر أو كثيراً، ويحتاج إلى معرفة الأرض التي يحفر فيها، وقال بعض أصحابنا لا يحتاج إلى معرفتها لأن الغرض لا يختلف بذلك، والاول أولى ان شاء الله لأن الأرض قد تكون صلبة فيكون الحفر عليه شاقاً، وقد تكون سهلة فيسهل ذلك عليه، وان قدره بالعمل فلا بد من معرفة الموضع بالمشاهدة لأن المواضع تختلف بالسهولة والصلابة ولا ينضبط ذلك بالصفة، ويعرف دور البئر وعمقها وطول النهر وعمقه وعرضه لأن العمل يختلف بذلك فإذا حفر بئراً فعليه شيل التراب لأنه لا يمكنه الحفر إلا بذلك فقد تضمنه العقد فان تهور تراب من جانبيها أو سقطت فيه بهيمة أو نحو ذلك لم يلزمه شيله وكان على صاحب البئر لأنه سقط فيها من ملكه ولم يتضمن عقد الاجارة رفعه، وان وصل إلى صخرة أو جراد يمنع الحفر لم يلزمه حفره لأن ذلك مخالف لما شاهده من الأرض وإنما اعتبرت مشاهدة الأرض لأنها تختلف، فإذا ظهر فيها ما يخالف المشاهدة كان له الخيار في الفسخ فإذا فسخ كان له من الاجر بحصة ما عمل فيقسط الاجر على ما بقي وما عمل، فيقال كم أجر ما عمل؟ وكم أجر ما بقي؟ ويقسط الاجر المسمى عليهما، ولا يجوز تقسيطه على عدد الاذرع لأن أعلى البئر يسهل نقل التراب منه وأسفله يشق ذلك فيه، وان نبع ما يمنعه من الحفر فهو بمنزلة الصخرة على ما ذكرنا

(فصل) ويجوز الاستئجار لضرب الابن لما ذكرنا ويكون على مدة أو عمل فان قدره بالعمل

لأن الاجارة بيع المنافع فأما الاجزاء فلا تدخل في الاجارة فلا يصح اجارة الطعام للأكل ولا الشمع ليشعله لأن هذا لا ينتفع به الا باتلاف عينه فلم يجوز كما لو استأجر ديناراً لينفقه، فان استأجر شمعة ليسرجها ويرد بقيتها ومن مذهب وأجر الباقي فهو فاسد لأنه يشمل بيعاً واجارة وما وقع عليه البيع مجهول وإذا جهل البيع جهل المستأجر أيضاً فيفسد العقدان

(مسألة) (ولا يجوز استئجار حيوان يأخذ لبنه)

كاستئجار الابل والبقر والغنم ليأخذ لبنها أو ليسترصها اسخاها ونحوها ولا ليأخذ صوفها وشعرها ووبرها ولا استئجار شجرة ليأخذ ثمرها أو شيئاً من عينها لما ذكرناه

(مسألة) (الا في الظئر ونفع البئر يدخل تبعاً)

أما الظئر فقد سبق ذكرها، وأما نفع البئر فقال ابن عقيل يجوز استئجار البئر ليستقي منه ألباناً معلومة ودلاء معلومة لأن هواء البئر وعمقها فيه نوع انتفاع بمرور الدلو فيه، فأما الماء فيؤخذ على أصل الاباحة

(فصل) ولا يجوز استئجار الفحل للضرب وهو ظاهر مذهب الشافعي وأصحاب الرأي

احتاج الى تبين عدده وذكر قابله وموضع الضرب لان الاجر يختلف باختلافه ليكون التراب في بعض الاماكن اسهل وللاء اقرب فان كان هناك قالب معروف لا يختلف جاز كما اذا كان المكيال معروفا وان قدره بالطول والعرض والسمك جاز ولا يكتفى بمشاهدة قالب الضرب اذا لم يكن معروفا لان فيه غررا وقد يتلف القالب ولا يصح كالأول أسلم في مكيال بعينه

(فصل) ويجوز الاستئجار لتطين السطوح والحيطان وتخصيصها ولا يجوز على عمل معين لان الطين يختلف موضعه لانه يختلف أيضا بقرب الماء وسهولة التراب، ولا بد من ذكر طوله وعرضه وسمكه وآلة البناء من لبن وطين أو حجر وطين أو شيد وأجر أو غير ذلك، قال ابن أبي مومني وإذا استأجره لبناء الف لبنة في حائطه أو استأجره يبنى له فيه يوما فعلم ما استأجره عليه ثم سقط الحائط فله أجره لانه وفي العمل، وان قال ارفع لي هذا الحائط عشرة أذرع فرفع بعضه ثم سقط فعليه إعادة ما سقط وأتمام ما وقعت عليه الاجارة من الزرع، وهذا اذا لم يكن سقوطه في الاول لأمر من جهة العامل فاما ان فرط أو بناء محولا أو نحو ذلك فسقط فعليه اعادته وغرامة ما تلف منه

(فصل) ويجوز الاستئجار لتطين السطوح والحيطان وتخصيصها ولا يجوز على عمل معين لان الطين يختلف فتنه رقيق وثخين وأرض السطح تختلف فتنها العالي ومنها النازل وكذلك الحيطان فلذلك لم يجز الاعلى مدة (فصل) ويجوز استئجار ناسخ لينسخ له كتب فقه أو حديث أو شعرا مباحا أو سجلات نص

وخرج أبو الخطاب وجهها في جوازه بناء على إجارة الطائر للرضاع لان الحاجة تدعو اليه وهو قول الحسن وابن سيرين

ولنا أن النبي ﷺ نهى عن عسب الفعل متفق عليه ولان المقصود الماء الذي يخلق منه الولد فيكون عقد الاجارة لاستيفاء عين فهو كاجارة الغنم لأخذ لبنها، ولان الماء محرم لاقية له فلم يجز أخذ العرض عنه كالبنت، فأما من أجازره فينبغي أن يوقع العقد على العمل ويقدره بمدة أو مرتين، وقيل يقدره بالمدة وهو بعيد فان من أراد إطراق فرسه مرة فقدره بمدة تزيد على قدر الفعل لم يمكن استيعابها به وربما لا يحصل الفعل في المدة ويتعذر ضبط مقدار الفعل فيتعين التقدير بالفعل الا أن يكترى فخلا لإطراق ماشية كثيرة تنيس بركه في غنمه فانه انما يكترىه مدة معلومة. والمذهب أنه لا يجوز اجارته لما ذكرناه فان احتاج الى ذلك ولم يجد من يطرق له جاز له أن يبذل السكراء، وإيس للمطرق أخذه لان ذلك بذل مال لتحصيل منفعة مباحة تدعو الحاجة اليها فجاز كسراء الاسير ورشوة الظالم ليدفع ظلمه، وان أطرق انسان فله بغير اجارة ولا شرط فأهديت له هدية أو أكرم بكرامة لذلك فلا بأس لانه فعل معروفا فجازت مجازاته عليه كما لو أهدي هدية فحوزي عليها

(مسئلة) (الثاني معرفة العين برؤية أو صفة في أحد الوجهين ويصح في الاخر بدونه وللاستأجر خيار الرؤية)

عليه في رواية منى بن جامع وسأله عن كتابة الحديث بالأجر فلم يره بأساً ، ولا بد من التقدير بالمدة أو العمل فإن قدره بالعمل ذكر عدد الأوراق وقدرها وعدد السطور في كل ورقة وقدر الحواشي ودقة القلم وغلظه فإن عرف الخط بالمشاهدة جاز وإن أمكن ضبطه بالصفة ضبطه والا فلا بد من مشاهدته لأن الأجر يختلف باختلافه ، ويجوز تقدير الأجر بأجزاء الفرع ويجوز بأجزاء الأصل المنسوخ منه وإن قاطعه على نسخ الأصل بأجر واحد جاز وإذا أخطأ بالشئ ، اليسير الذي جرت العادة به عفي عنه لأن ذلك لا يمكن التحرز منه ، وإن أمر في الغلط بحيث يخرج عن العادة فهو عيب يرد به ، قال ابن عقيل وليس له محادثة غيره حالة النسخ ولا التشاغل بما يشغل مره ويوجب غلظه ولا لغيره تحديته وشغله وكذلك كل الأعمال التي تختل بشغل السر والقلب كالنصارة والنساجة ونحوهما (فصل) ويجوز أن يستأجر من يكتب له مصحفاً في قول أكثر أهل العلم ، وروي ذلك عن جابر بن زيد ومالك بن دينار وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثورو وابن المنذر ، وقال ابن سيرين لا بأس أن يستأجر الرجل شهراً ثم يستكتبه مصحفاً ، وذكره علقمة كتابة المصحف بالأجر ، ولعله يرى أن ذلك مما يختص فاعله بكونه من أهل القرية فكراه الأجر عليه كالصلاة . ولنا أنه فعل مباح يجوز أن ينوب فيه الغير عن الغير فجاز أخذ الأجر عليه ككتابة الحديث وقد جاء في الخبر « أحق ما أخذتم عليه أجره كتاب الله » (فصل) ويجوز أن يستأجر لحصاد زرع ولا نعلم فيه خلافاً بين أهل العلم ، وكان إبراهيم بن آدم يؤجر

يشترط معرفة العين المستأجرة بالمشاهدة إن كانت لا تنضبط بالصفات ، أو بالصفة إن كانت تنضبط قياساً على البيع ، وفيه وجه آخر أنه لا يشترط ويثبت المستأجر خيار الرؤية وهو قول أصحاب الرأي ، والخلاف ههنا مبني على الخلاف في البيع ، وقد ذكرناه والمشهور الأول . فلي هذا إذا كانت مما لا ينضبط بالصفة كاللحوم والحام فلا بد من رؤيتها كالبيع لأن الغرض يختلف بصغرها وكبرها ومراقبتها ومشاهدة قدر الحام ليعلم كبرها من صغرها ومعرفة مائه ومشاهدة الابوان ومطرح الرماد وموضع الزبل ومصرف ماء الحمام ، فتى أهل بهذا أو بعضه لم يصح للجهالة بما يختلف به الغرض ، وقد كره أحمد كراه الحمام لأنه يدخله من يكشف عورته فيه قال ابن حامد هو على طريق كراهة التنزيه دون التحريم فاما العقد فصحيح في قول أكثر أهل العلم ، قال ابن المنذر أجمع كل من حفظ عنه من أهل العلم أن كراه الحمام جائز إذا حدده وذ كر جميع آله شهوراً مسماة وهذا قول مالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي لأن المكتري إنما يأخذ الأجر عوضاً عن دخول الحمام والغتسال بمائه وأحوال المسلمين محمولة على السلامة وإن وقع من بعضهم فعل مالا يجوز لم يحرم الأجر المأخوذ منه كما لو أكتري داراً ليسكنها فشرب فيها خراً

(مسئلة) (الثالث القدرة على التسليم فلا تصح اجارة الآبق والشارد والمغصوب من غير غاصبه إذا لم يقدر على أخذه منه) لانه لا يمكن تسليم المعقود عليه فلم تصح إجارته كبيع

(مسئلة) (ولا يجوز اجارة المشاع مفرداً لغير شريكه وغنه ما يبدل على الجواز)

نفسه لحصاد الزرع ويجوز أن يقدره بمدة وبعمل معين مثل أن يقاطعه على حصاد زرع معين، ويجوز أن يستأجر رجلا لسقي زرعه وتنقيته ودياسه ونقله إلى موضع معين، ويجوز أن يستأجر رجلا ليعتطب له لانه عمل مباح تدخله النيابة أشبه حصاد الزرع . قال احمد في رجل استأجر أجيرا على أن يعتطب له على حمارين كل يوم فكان الرجل ينقل عليهما وعلى حمار آخر ويأخذ منه الاجرة فان كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة فظاهر هذا ان المستأجر يرجع على الاجير بقيمة ما استضرر باشتغاله عن عمله لانه قال : ان كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة فاعتبر الضرر ، وظاهر هذا انه اذا لم يستضرر لا يرجع بشيء لانه اكثره لعل فوفاه على النمام فلم يلزمه شيء . كما لو استأجره لعل فكان يقرأ القرآن في حال عمله، فان ضرر المستأجر يرجع عليه بقيمة ما فوت عليه ويحتمل انه أراد أنه يرجع عليه بقيمة ما عمله لغيره لانه صرف منافعه المعقود عليها الى عمل غير المستأجر فكان عليه قيمتها كما لو عمل لنفسه وقال القاضي معناه أنه يرجع عليه بالاجر الذي أخذه من الآخر لان منافعه في هذه المدة مملوكة لغيره فما حصل في مقابلتها يكون للذي استأجره

(فصل) ويجوز الاستئجار لاستيفاء القصاص في النفس فادونها ، وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور وقال ابو حنيفة لا يجوز في النفس لان عدد الضربات تختلف وموضع الضربات غير متعين إذ يمكن أن يضرب من ممالي الرأس ومن ممالي السكتف فكان مجهولا

قال أصحابنا لا يجوز اجارة المشاع لغير الشريك إلا أن يؤجر الشريك معا وهذا قول أبي حنيفة وزفر لانه لا يقدر على تسليمه فلم تصح اجارته كالقصبوب، يحقق ذلك أنه لا يقدر على تسليمه إلا بتسليم نصيب الشريك ولا ولاية له على مال شريكه ، واستار ابو حفص "عكبري جوازه، وقد أومأ اليه أحمد وهو قول مالك والشافعي وأبي يوسف وعمد لأنه معلوم يجوز بيعه فجازت اجارته كالنرد ولانه عقد في ملكه يجوز مع شريكه فجاز مع غيره كالبيع ، ومن نصر الاول فرق بين محل النزاع وبين ما اذا أجره الشريك أو أجره لشريكه فانه يمكن التسليم الى المستأجر فأشبه اجارة المنقصبوب من غاصبه دون غيره ، وان كانت لواحد فاجر نصفها صح لانه يمكنه تسليمه ثم ان أجر نصفها الآخر للمستأجر الاول صح لامكان تسليمه اليه ، وان أجره لغيره ففيه وجهان كالمسئلة التي قبلها لانه لا يمكنه تسليم ما أجره اليه ، وان أجر الدار لاثنتين لكل واحد منهما نصفها فكذلك لانه لا يمكنه تسليم نصيب كل واحد اليه

(فصل) ولا تجوز اجارة المسلم للذمي لخدمته نص عليه أحمد في رواية الاثرم فقال ان أجر نفسه من الذمي في خدمته لم يجز ، وان كان في عمل شيء جاز وهذا أحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر تجوز لانه يجوز له اجارة نفسه في غير الخدمة فجاز فيها كاجارته من المسلم ولنا أنه عقد يتضمن حبس المسلم عند الكافر واذلاله له واستخدامه أشبه البيع ، بحقه أن عقد

ولنا أنه حق يجوز التوكيل في استيفائه لاختصاص فاعله بكونه من أهل القرية فجاز الاستئجار رعايه كالتقصص في الطرف، وقوله أن عدد الضربات يختلف وهو مجهول يبطل بخباطة الثوب فإن عدد الغرزات مجهول، وقوله أن محله غير متعين قلنا هو متقارب فلا يمنع ذلك صحته كوضع الخباطة من حاشية الثوب والاجر على المقتض منه وبهذا قال الشافعي وأبو ثور، وقال أبو حنيفة ومالك هو على المستوفي لانه غير متعين فليس على المقتض منه الا التمكن كما لو اشترى ثمرة نخلة

ولنا أنه أجر يجب لا يفاء، حق فكان على الموفي كأجر الكيال والوزان وما ذكره غير صحيح فإن القطع مستحق عليه بخلاف الثمرة بدليل أنه لو مكنته من القطع فلم يقطع وقطعه آخر لم يسقط حق صاحب القصص ولو كان التمكن تسليما لسقط حقه كالثمرة

(فصل) ويجوز استئجار رجل ليدله على طريق فإن النبي ﷺ وأبا بكر استأجرا عبد الله بن أريقط هاديا خريتا وهو الماهر بالهداية ليدلها على طريق المدينة، ويجوز استئجار كيال ووزان لعمل معلوم أو في مدة معلومة وبهذا قال مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفا، وقد روي في حديث سويد بن قيس أنانا رسول الله ﷺ فاشترى من رجل سراويل وثم رجل بزن بأجر فقال رسول الله ﷺ « زن وأرجع » رواه أبو داود ويجوز استئجار رجل ليلزم غربا يستحق ملازمته وسئل أحمد عن ذلك فقال لا بأس قد شغله، وقال في موضع آخر: غير هذا أعجب

الاجارة للخدمة يتعين فيها حبسه مدة الاجارة واستخدامه، والبيع لا يتعين فيه ذلك فاذا منع فالمنع من الاجارة أولى، فالما ان أجر نفسه منه في عمل معين في القمة كخباطة ثوب جاز بغير خلاف نعلمه لان عليا رضي الله عنه أجر نفسه من يهودي يستقي له كل دلو بتمرة وأخبر النبي ﷺ بذلك فلم ينكره، وكذلك الانصاري ولانه عقد معاوضة لا يتضمن اذلال المسلم ولا استخداما فأشبهه بمبايعته فان أجر نفسه منه لغير الخدمة مدة معلومة جاز أيضا في ظاهر كلام أحمد لقوله: وان كان في عمل شيء جاز ونقل عنه أحمد بن سعيد لا بأس أن يؤجر نفسه من الذي وهذا مطلق في نوعي الاجارة، وذكر بعض أصحابنا أن ظاهر كلام أحمد منع ذلك وأشار الى ما رواه الاثرم واحتج بانه عقد يتضمن حبس المسلم أشبه البيع، والصحيح ما ذكرنا فان كلام أحمد يدل على خلاف ما قاله، وانه خص المنع بالاجارة للخدمة وأجاز اجارته للعمل وهذا اجارة للعمل، ويفارق البيع فان فيه إثبات الملك على المسلم ويفارق إجارته للخدمة لتضمنها الاذلال

(فصل) قل ابراهيم الحربي أنه سئل عن الرجل يكتري الديك ليوقظه لوقت الصلاة لا يجوز لان ذلك يقف على فعل الديك، ولا يمكن استخراج ذلك منه بضرب ولا غيره وقد يصبح وقد لا يصبح وربها صالح بعد الوقت

(مسألة) (الشرط الرابع اشتمال العين على المنفعة)

الي كرهه لانه يؤول الى الخصومة وفيه تضيق على مسلم ولا يأمن أن يكون ظلما فيساعده على ظلمه لكنه جائز في الجملة لان الظاهر أنه محقق فان الظاهر أن الحاكم لا يحكم الا بحق ولهذا أجزنا الموكل فله (فصل) ويجوز أن يستأجر شمسارا يشتري له ثيابا ورخص فيه ابن سيرين وعطاء والنخعي وكرهه الثوري وحامد

ولنا أنها منفعة مباحة تجوز النياحة فيها فجاز الاستئجار عليها كالبناء ويجوز على مدة معلومة مثل أن يستأجر عشرة أيام يشتري له فيها لان المدة معلومة والعمل معلوم أشبه الخياط والقصار فان عين العمل دون الزمان فجعل له من كل ألف درهم شيئا معلوما صح أيضا ، وإن قال كلما اشتريت ثوبافلك درهم اجراً وكانت الثياب معلومة بصفة أو مقدرة بشمن جاز ، وإن لم يكن كذلك فظاهر كلام أحمد انه لا يجوز لان الثياب تختلف باختلاف أثمانها والاجر يختلف باختلافها فان اشترى فله أجر مثله وهذا قول أبي ثور وابن المنذر لانه عمل عملا يعوض لم يسلم له فكان له أجر المثل كسائر الاجارات الفاسدة (فصل) وإن استأجره ليبيع له ثيابا بعينها صح وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يصح لان ذلك يتعذر عليه فأشبهه ضراب الفحل وحمل الحجر الكبير

ولنا أنه عمل مباح تجوز النيابة فيه وهو معلوم فجاز الاستئجار عليه كسراء الثياب ولأننا يجوز عقد الاجارة عليه مقدراً بزمان فجاز مقدراً بالعمل كالحياطة ، وقولهم إنه غير ممكن لا يصح فان الثياب

فلا يجوز استئجار بهيمة زمرة للحمل ولا أرض لا تثبت الزرع لأن الاجارة عقد على المنفعة ولا يمكن تسليم هذه المنفعة من هذه العين فلا تجوز اجارتها كالعبد الا بق
(مسئلة) (الخامس كون المنفعة مملوكة المؤجر أو مأذونا له فيها)

لأنه تصرف فيما لا يملكه ولا إذن فيه ماله فلم يجز كيده ، ويحتمل أن يجوز ويوقف على
إجازة المالك بناء على بيع العين بغير إذن مالكا
(مسئلة) (يجوز للمستأجر إجازة العين لمن يقوم مقامه من المؤجر وغيره)

يجوز للمستأجر إجارة العين المستأجرة إذا قبضها نص عليه أحمد وهو قول سعيد بن المسيب وابن سيرين ومجاهد وعكرمة وأبي سلمة بن عبد الرحمن والنخعي والشعبي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي، وذكر القاضي فيه رواية أخرى أنه لا يجوز لأن النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن والمنافع لم تدخل في ضمانه، ولأنه عقد على ما لم يدخل في ضمانه فلم يجوز بيع المسكيل والموزون قبل قبضه، والاول أصح لأن قبض العين قام مقام قبض المنافع بدليل أنه يجوز التصرف فيها فجاز العقد عليها كبيع الثمرة على الشجرة وبهذا الأصل يعطل قياس الرواية الأخرى . إذا ثبت هذا فإنه لا يجوز إجارته إلا لمن يقوم مقامه أو دونه في الضرر لأن هذه المنفعة صارت مملوكة له أنه يستوفى بنفسه وبنائبه ، والمستأجرة لا يجوز أجارته لمن هو أكثر ضرراً منه ولا لمن يخالف ضرره ضرره لما نذكره .

لا تملك عن راعب فيها ولذلك صحت المضاربة ولا تكون الا بالبيع والشراء بخلاف ما قاسوا عليه فانه متعذر ، وإن استأجره على شراء ثياب معينة احتمل أن لا يصح لان ذلك لا يكون الا من واحد وقد لا يبيع فيتعذر تحصيل العمل بحكم الظاهر بخلاف البيع ، وإن استأجره في البيع لرجل بعينه فهو كما لو استأجره لشراء ثياب بعينها ، ويحتمل أن يصح لانه ممكن في الجملة فان حصل من ذلك شيء استحق الاجر والا بطلت الاجارة كما لو لم يعين البائث ولا المشتري

(فصل) ويجوز أن يستأجر لخدمته من يخدمه كل شهر بشيء معلوم وسواء كان الاجير رجلا أو امرأة حراً أو عبداً وهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور لانه تجوز النيابة فيه ولا يختص عامله بكونه من أهل القرية ، قال احمد أجبر المشاهدة يشهد الاعياد والجمعة ولا يشترط ذلك ، قيل له فينطوع بالركعتين ؟ قال مالم يضر بصاحبه انما أباح له ذلك لان أوقات الصلاة مستثناة من الخدمة ولهذا وقعت مستثناة في حق المعتكف بترك معتكفه لها ، وقال ابن المبارك لا بأس أن يصلي الاجير ركعات السنة ، وقال ابو ثور وابن المنذر ليس له منعه منها ، وقال أحمد يجوز للرجل أن يستأجر الامة والحرة للخدمة ولكن يصرف وجهه عن النظر ليست الامة مثل الحرة ولا يخلو معها في بيت ولا ينظر اليها ستجدة ولا إلى شعرها انما قال ذلك لان حكم النظر بعد الاجارة كحكمه قبلها ، وفرق بين الامة والحرة لانهما يختلفان قبل الاجارة فكذلك بعدها

(فصل) فاما اجارتها قبل قبضها فتجوز من غير المؤجر في أحد الوجهين وهو قول بعض الشافعية لان قبض العين لا ينتقل به الضمان اليه فلم يقف جواز التصرف عليه ، والثاني لا يجوز وهو قول أبي حنيفة ، والمشهور من قول الشافعي لان المنافع مملوكة بعقد معاوضة فاعتبر في جواز العقد عليها القبض كالأعيان ، وأما اجارتها المؤجر قبل القبض فاذا قلنا لا يجوز من غير المؤجر ففيها ههنا وجهان (أحدهما) لا يجوز كغيره (والثاني) يجوز لان القبض لا يتعذر عليه بخلاف الاجنبي وأصلهما بيع الطعام قبل قبضه وهل يصح من بائعه على روايتين وتجوز اجارتها من المؤجر بعد قبضها وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يجوز لانه يؤدي الى تناقض الاحكام لان التسليم مستحق من التكري فاذا اكترها صار مستحقا له فيصير مستحقا لما يستحق عليه وهو تناقض

ولنا أن كل عقد جاز مع الاجنبي جاز مع العاقد كالبيع وما ذكرناه لا يصح لان التسليم قد حصل وهذا المستحق له تسليم آخر ثم يبطل بالبيع فانه يستحق عليه تسليم العين ، فاذا اشتراها استحق تسليمها فان قبل التسليم ههنا مستحق في جميع المدة قلنا المستحق تسليم العين ، وقد حصل وليس عليه تسليم آخر غير أن العين من ضمان المؤجر فاذا تعذرت المنافع بثلث الدار أو غصبها رجع عليها لانها تعذرت بسبب كان في ضمانه

﴿مسئلة﴾ قال (واذا مات المكري والمكثري أو أحدهما فالاجارة بحالها)

هذا قول مالك والشافعي واسحاق والبي وأبي ثور وابن المنذر ، وقال الثوري وأصحاب الرأي والليث تنفسخ الاجارة بموت أحدهما لان استيفاء المنفعة يتعذر بالموت لانه استحق بالعقد استيفاءها على ملك المؤجر فاذا مات زال ملكه عن العين فانتقلت الى ورثته فالنافع تحدث على ملك الوارث فلا يستحق المستأجر استيفاءها لانه ماعقد مع الوارث ، واذا مات المستأجر لم يمكن إيجاب الاجر في تركته

ولنا انه عقد لازم فلا ينفسخ بموت العاقد مع سلامة العقود عليه كالمو زوج أمته ثم مات وما ذكره لا يصح فانا قد ذكرنا أن المستأجر قد ملك المنافع وملك عليه الاجرة كاملة في وقت العقد ثم يلزمهم مالو زوج أمته ثم مات ولو صح ما ذكره لكن وجوب الاجر ههنا بسبب من المستأجر فوجب في تركته بعد موته كالمو حفر بئرا فوقم فيها شي . بعد موته ضمنه في ماله لان سبب ذلك كان منه في حال الحياة كذا ههنا

(فصل) وإن مات المكثري ولم يكن له وارث يقوم مقامه في استيفاء المنفعة أو كان غائبا كن بموت في طريق مكة ويخلف جله الذي اكثراه وليس له عليه شي . يحمله ولا وارث له حاضر يقوم

﴿مسئلة﴾ (وتجاوز إيجارها بمثل الاجرة وزيادة ، وعنه لا تجاوز بزيادة ، وعنه ان جدد فيها عمارة جازت الزيادة وإلا فلا)

إذا قلنا يتجاوز إجارة العين المستأجرة جازت بمثل الاجرة وزيادة نص عليه أحمد ، وروي عن عطاء . والحسن والزهري وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر ، وعن أحمد لا تجاوز بزيادة تروى كراهة ذلك عن ابن المسيب وأبي سلمة وابن سيرين ومجاهد وعكرمة والنخعي وعنه إن جدد فيها عمارة جازت الزيادة وإلا فلا . فعل تصدق بالزيادة روي ذلك عن الشعبي وبه قال الثوري وأبو حنيفة لانه يربح بذلك فيما لم يضمن ، وقد نهى النبي ﷺ عن ربح مالم يضمن ولانه يربح فيما لم يضمن فلم يجز كالمو ربح في الطعام قبل قبضه وبخالف ما إذا عمل فيها فان الربح في مقابلة العمل ، وعن أحمد رواية أخرى ان أذن له المالك في الزيادة جاز وإلا لم يجز

ولنا أنه عقد يجوز برأس المال فجاز بزيادة كبيع المبيع بعد قبضه وكالمو أحدث فيها عمارة لا يقابلها جزء من الاجر ، وأما الخبر فان المنافع قد دخلت في ضمانه من وجه بدليل أنها لو فانت من غير استيفائه كانت من ضمانه ، والقياس على بيع الطعام قبل قبضه لا يصح فانه لا يجوز وان لم يربح فيه ، وتعليقهم بأن الربح في مقابلة عمله ملغي بما إذا كنس الدار ونظفها فان ذلك يزيد في أجرها عادة والله أعلم

مقامه فظاهر كلام أحمد أن الاجارة تنفسخ فيما بقي من المدة لانه قد جاء أمر غالب يمنع المستأجر عن منفعة العين فأشبهه مالو غصبت ، ولأن بقاء العقد ضرر في حق المكثري والمكثري لأن المكثري يجب عليه الكراء من غير نفع والمكثري بمنع عليه الانتصرف في ماله مع ظهور امتناع الكراء عليه وقد نقل عن أحمد في رجل أكتري بعيراً فمات المكثري في بعض الطريق فإن رجع البعير خاليا فعليه بقدر ماوجب له ، وإن كان عليه ثقله ووطاؤه فله الكراء إلى الموضع ، وظاهر هذا أنه حكم بفسخ العقد فيما بقي من المدة إذا مات المستأجر ولم يبق به انتفاع لانه تعذر استيفاء المنفعة بأمر من الله تعالى فأشبهه مالو أكتري من يقلع له ضرره فبراً أو اقلع قبل قلعه أو أكتري كحالا ليكحل عينيه فبراً أو ذهبت ، ويجب أن يقدر أنه لم يكن ثم من ورثته من يقوم مقامه في الانتفاع لأن الوارث يقوم مقام الموروث ، وتأولها القاضي على أن المكثري قبض البعير ومنع الورثة الانتفاع ولولا ذلك لما انفسخ العقد لانه لا يفسخ بعذر في المستأجر مع سلامة العقود عليه كما لو حبس مستأجر الدار ومنع من سكنها ولا يصح هذا لانه لو منم الوارث الانتفاع لما استحق شيئاً من الاجر ، ويفارق هذا ما لو حبس المستأجر لأن العقود عليه انتفاعه وهذا لا يؤيس منه بالحبس فانه في كل وقت يمكن خروجه من الحبس وانتفاعه ويمكن أن يستنيب من يستوفي المنفعة اما بأجر أو غيره بخلاف الميت فانه قد فات انتفاعه بنفسه ونائبه فأشبهه ما ذكرنا من الصور

(فصل) وسئل أحمد عن الرجل يتقبل العمل من الاعمال فيقبله بأقل من ذلك أيجوز له الفضل ؟ قال ما أدري هي مسألة فيها بعض الشيء ، قلت أليس كان الحياط أسهل عندك اذا قطع الثوب أو غيره إذا عمل في العمل شيئاً ؟ قال إذا عمل فهو أسهل . قال النخعي لا بأس أن يتقبل الحياط الثياب بأجر معلوم ثم يقبلها بعد ذلك بعد أن يعين فيها أو يقطع أو يعطيه سلوكاً أو إبراً فإن لم يعين فيها بشيء فلا يأخذن فضلاً . وهذا يحتمل أن يكون النخعي قاله بناء على مذهبه في أن من استأجر شيئاً لا يؤجره بزيادة ، وقياس المذهب جواز ذلك سواء أعان فيها بشيء أو لم يعن لانه إذا جاز أن يقبله بمثل الاجر الاول جاز بزيادة عليه كالبيع وكاجارة العين

(مسألة) (والمستعير اجارها إذا أذن له المعير مدة بعينها)

لانه لو أذن له في بيعها جاز فكذلك اذا أذن له في اجارها ولأن الحق له فجاز بأذنه ولا بد من تعيين المدة في الاذن لأن الاجارة عقد لازم لا تجوز الا مدة معينة

(مسألة) (وتجاوز اجارة الوقف) لأن منافعه مملوكة للوقوف عليه فجاز اجارها كالمستأجر

(مسألة) (فإن مات المؤجر فانتقل الى من بعده لم تفسخ الاجارة في أحد الوجهين)

ولنا في حصته من الاجر لانه أجر ملكه في زمن ولايته فلم يطل بموته كما لو أجر ملكه المطلق

(فصل) إذا أجر الموقوف عليه الوقف مدة فمات في أثناءها وانتقل إلى من بعده ففيه وجهان (أحدهما) لا تنفسخ الاجارة لانه أجر ملكه في زمن ولايته فلم يبطل بموته كما لو أجر ملكه الطلق (والثاني) تنفسخ الاجارة فيما بقي من المدة لانا تبينا أنه أجر ملكه وملك غيره فصح في ملكه دون ملك غيره كما لو أجر دارين أحدهما له والاخرى لغيره وذلك لان المنافع بعد الموت حق لغيره فلا ينفذ عقده عليها من غير ملك ولا ولاية بخلاف الطلق فان المالك يملك من جهة الموروث فلا يملك إلا ما خلفه وما تصرف فيه في حياته لا ينتقل الى الوارث والمنافع التي أجراها قد خرجت عن ملكه بالاجارة فلا تنتقل الى الوارث والبطن الثاني في الوقف يملكون من جهة الواقف فما حدث فيها بعد البطن الاول كان ملكا لهم فقد صادف تصرف المؤجر في ملكهم من غير اذنهم ولا ولاية له عليهم فلم يصح ، ويتخرج أن تبطل الاجارة كلها بناء على تفريق الصنفه وهذا التفصيل مذهب الشافعي ، فعلى هذا إن كان المؤجر قبض الاجر كله وقلنا تنفسخ الاجارة فلن انتقل اليه الوقف أخذه ويرجع المستأجر على ورثة المؤجر بحصة الباقي من الاجر وإن قلنا لا تنفسخ رجع من انتقل اليه الوقف على التركة بحصته

(فصل) وإن أجر الولي الصبي أو ماله مدة فبلغ في أثناءها فقال أبو الخطاب ليس له فسخ الاجارة لانه عقد لازم عقده بحق الولاية فلم يبطل بالبلوغ كما لو باع داره أو زوجه ويحتمل أن تبطل الاجارة

(والثاني) تنفسخ الاجارة فيما بقي من المدة لانا تبينا أنه أجر ملكه وملك غيره فصح في ملكه دون ملك غيره كما لو أجر دارين أحدهما له والاخرى لغيره بخلاف الطلق فان المالك يملك من جهة الموروث فلا يملك إلا ما خلفه ، وما تصرف فيه في حياته لا ينتقل إلى الوارث والمنافع التي أجراها قد خرجت عن ملكه بالاجارة فلا تنتقل إلى الوارث ، والبطن الثاني في الوقف يملكون من جهة الواقف فما حدث فيها بعد البطن الاول كان ملكا لهم فقد صادف تصرف المؤجر في ملكهم من غير اذنهم ولا ولاية له عليهم ويتخرج أن تبطل الاجارة كلها بناء على تفريق الصنفه وهذا التفصيل مذهب الشافعي فعلى هذا إن كان المؤجر قبض الاجر كله وقلنا تنفسخ الاجارة فلن انتقل اليه الوقف أخذه ويرجع المستأجر على ورثة المؤجر بحصة الباقي من الاجر . وان قلنا لا تنفسخ رجع من انتقل اليه الوقف على التركة بحصته

(مسئلة) (وإن أجر الولي اليتيم أو ماله مدة فبلغ في أثناءها فليس له فسخ الاجارة . ذكره أبو الخطاب) لانه عقد لازم عقده بحق الولاية فلم يبطل بالبلوغ كما لو باع داره أو زوجه ، ويحتمل أن تبطل الاجارة فيما بعد البلوغ لزوال الولاية لما ذكرنا في اجارة الوقف . ويحتمل أنه إذا أجره مدة يتحقق فيها بلوغه وهو أن يؤجر ابن أربع عشرة سنة فيبطل في السادس عشر لانا نثبت أن أجره فيها بعد بلوغه ، وهل يصح في الخامس عشر على وجهين بناء على تفريق الصنفه ، وإن لم يتحقق فيها بلوغه

فما بعد زوال الولاية على ما ذكرنا في اجارة الوقف ، ويحتمل أن يفرق بين ما إذا أجره مدة يتحقق بلوغه في أثنائها - مثل أن أجره عامين وهو ابن أربع عشرة فتبطل في السادس عشر لاننا نتيقن أنه أجره فيها بعد بلوغه، وهل تصح في الخامس عشر ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفة - وبين ما إذا لم يتحقق بلوغه في أثنائها كالذي أجره في الخامس عشر وحده فيبلغ في أثنائه فيكون فيه ما قد ذكرنا في صدر الفصل لاننا لو قلنا يلزم الصبي بمقد الولي مدة يتحقق بلوغه فيها أقضى الى أن يعقد على جميع منافعه طول عمره، وإلى أن يتصرف فيه في غير زمن ولايته عليه، ولا يشبه النكاح لانه لا يمكن تقدير مدته فانه انما يعقد للأبد ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة إذا بلغ الصبي فله الخيار لانه عقد على منافعه في حال لا يملك التصرف في نفسه فاذا ملك ثبت له الخيار كالامة اذا عتقت تحت زوج

ولنا أنه عقد لازم عقد عليه قبل أن يملك التصرف فاذا ملكه لم يثبت له الخيار كالأب اذا زوج ولده وما قاسوا عليه انما يثبت لها الخيار اذا عتقت تحت عبد لاجل العيب لا لما ذكره، ولهذا لو عتقت تحت حر لم يثبت لها الخيار ، وإن مات الولي المؤجر للصبي أو ماله أو عزل وانتقلت الولاية الى غيره لم يبطل عقده لانه تصرف وهو من أهل التصرف في محل ولايته فلم يبطل تصرفه بموته أو عزله كما لو مات ناظر الوقف أو عزل أو مات الحاكم بعد تصرفه فيما له النظر فيه، يفارق مالو أجر الموقوف عليه الوقف مدة ثم مات في أثنائها لانه أجر ملك غيره بغير اذنه في مدة لا ولاية له فيها وهما انما يثبت للولي

كالذي أجره الخامس عشر وحده فبلغ في أثنائه فيكون فيه ما ذكرنا في صدر الفصل، لأننا لو قلنا يلزم الصبي بمقد الولي مدة يتحقق فيها بلوغه أقضى الى أن يعقد على منافعه طول عمره وإلى أن يتصرف فيه في غير زمن ولايته عليه، ولا يشبه النكاح لانه لا يمكن تقدير مدته فانه انما يعقد للأبد ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة إذا بلغ الصبي فله الخيار لانه عقد على منافعه في حال لا يملك التصرف في نفسه فاذا ملك ثبت له الخيار كالامة اذا عتقت تحت زوج

ولنا أنه عقد لازم عقد عليه قبل أن يملك التصرف فاذا ملكه لم يثبت له الخيار كالأب اذا زوج ولده والامة إنما يثبت لها الخيار اذا عتقت تحت عبد لاجل العيب لا لما ذكره، بدليل أنها لو عتقت تحت حر لم يثبت لها الخيار، وإن مات الولي المؤجر للصبي أو ماله أو عزل وانتقلت الولاية الى غيره لم يبطل عقده لانه تصرف وهو من أهل التصرف في محل ولايته فلم يبطل تصرفه بموته أو عزله كما لو مات ناظر الوقف أو عزل أو مات الحاكم بعد تصرفه فيما له النظر فيه، ويفارق مالو أجر الموقوف عليه الوقف مدة ثم مات في أثنائها لانه أجر ملك غيره بغير اذنه في مدة لا ولاية له فيها ، وهما انما يثبت للوالي الثاني التصرف فيما لم يتصرف فيه الاول وهذا العقد قد تصرف فيه الاول فلم يثبت للثاني ولاية على ما تناوله الخبر

(مسألة) (فان أجر السيد عبده مدة ثم أعتقه في أثنائها صح العتق)

ولم يبطل عقد الاجارة في قياس المذهب ولا يرجع العبد على مولاه بشي . وهذا أحد قولي

الثاني الولاية في التصرف فيما لم يتصرف فيه الاول وهذا العقد قد تصرف فيه الاول فلم تثبت للثاني ولاية على ماتناوله

(فصل) وإن أجر عبده مدة ثم أعتقه في أئثارها صح العتق ولم يبطل عقد الاجارة في قياس المذهب ولا يرجع العبد على مولاه بشيء وهذا جديد قول الشافعي وقال في القديم يرجع على مولاه بأجر المثل لان المنافع تستوفي منه بسبب كان من جهة السيد فرجع به عليه كما لو أكرهه بعد عتقه على ذلك العمل . ولنا أنها منفعة استحققت بالعقد قبل العتق فلم يرجع بيدلها كما لو زوج أمته ثم أعتقها بعد دخول الزوج بها فإن ما يستوفيه السيد لا يرجع به عليه ، ويخالف المكره فإنه تعدى بذلك ، وقال أبو حنيفة للعبد الخيار في الفسخ أو الامضاء كالصبي اذا بلغ للمعنى الذي ذكره ثم . ولنا انه عقد لازم عقده على ما يملكه فلا يفسخ بالعتق ولا يزول ملكه عنه كما لو زوج أمته ثم باعها . اذا ثبت هذا فإن نفقة العبد ان كانت مشروطة على المستأجر فهي عليه كما كانت وإن لم تكن مشروطة عليه فهي على معتقه لانه كالباقى على ملكه بدليل أنه يملك عوض نفقه ولان العبد لا يقدر على نفقة نفسه لانه مشغول بالاجارة ولا على المستأجر لانه استحق منفعته بعوض غير نفقته لم يبق الا أنها على المولى (فصل) اذا أجر عينا ثم باعها صح البيع نص عليه أحمد سواء باعها للمستأجر أو لغيره وبهذا

الشافعي ، وقال في القديم يرجع على مولاه بأجر المثل لان المنافع تستوفي منه بسبب كان من جهة السيد فرجع عليه كما لو أكرهه بعد عتقه على ذلك العمل ولنا انها منفعة استحققت بالعقد قبل العتق فلم يرجع بيدلها كما لو زوج أمته ثم أعتقها بعد دخول الزوج بها فإن ما يستوفيه السيد لا يرجع به عليه . ويخالف المكره فإنه تعدى بذلك ، وقال أبو حنيفة للعبد الخيار في الفسخ أو الامضاء كالصبي اذا بلغ للمعنى الذي ذكره . ثم ولنا انه عقد لازم على ما يملكه فلم يفسخ بالعتق ولا يزول ملكه عنه كما لو زوج أمته ثم باعها اذا ثبت هذا فإن نفقة العبد اذا لم تكن مشروطة على المستأجر فهي على معتقه لانه كالباقى في ملكه لكونه يملك عوض نفقه ، ولان العبد عاجز عن نفقته لانه مشغول بالاجارة ولم يجب على المستأجر لانه استحق منفعته بعوض غير نفقته لم يبق الا أنها على المولى ، ويتخرج ان تنفسخ الاجارة كالصبي والله أعلم (فصل) قال رحمه الله (واجارة العين تنقسم الى قسمين (أحدهما) أن تكون على مدة كاجارة الدار شهراً والارض عاما والعبد للخدمة أو لارعي مدة معلومة ويسمى الأجير فيها الأجير الخاص تكون في الآدمي وغيره ، فأما غير الآدمي فمثل اجارة الدار شهراً والارض عاما . وأما اجارة الآدمي فمثل أن يستأجر رجلاً يئني معه يوماً أو يحيط له شهراً فهذا يسمى الاجير الخاص لان المستأجر يختص بمنفعته في مدة الاجارة لا يشاركه فيها غيره

(مسئلة) (ويشترط أن تكون المدة معلومة يغلب على الظن بقاء العين فيها وان طالت)

قال الشافعي في أحد قوايه وقال في الآخر إن باعها لغير المستأجر لم يصح البيع لأن يد المستأجر حائلة تمنع التسليم إلى المشتري فمنعت الصحة كما في بيع المغصوب

ولنا أن الاجارة عقد على المنافع فلم تمنع الصحة كما لو زوج أمته ثم باعها ، وقولهم يد المستأجر حائلة دون التسليم لا يصح لأن يد المستأجر إنما هي على المنافع والبيع على الرقبة فلا يمنع ثبوت اليد على أحدهما تسليم الآخر كما لو باع الامة المزوجة ولئن منعت التسليم في الحال فلا تمنع في الوقت الذي يجب التسليم فيه وهو عند انقضاء الاجارة ويكفي القدرة على التسليم حينئذ كالمسلم فيه ، وقال أبو حنيفة البيع موقوف على اجازة المستأجر فان أجازة جاز وبطلت الاجارة وإن رده بطل

ولنا أن البيع على غير المعقود عليه في الاجارة فلم تعتبر اجارته كبيع الامة المزوجة ، اذ اثبت هذا فان المشتري يملك المبيع مسلوب المنفعة الى حين انقضاء الاجارة ولا يستحق تسليم العين إلا حينئذ لان تسليم العين انما يراد لاستيلاء نفعها ونفعها إنما يستحقه اذا انقضت الاجارة فيصير هذا بمنزلة من اشترى عينا في مكان بعيد فانه لا يستحق تسليمها الا بعد مضي مدة يمكن احضارها فيها كالمسلم إلى وقت لا يستحق تسليم المسلم فيه الا في وقته ، فان لم يعلم المشتري بالاجارة فله الخيار بين الفسخ وامضاء البيع بكل الثمن لان ذلك عيب ونقص

(فصل) فان اشتراها المستأجر صح البيع أيضا لانه يصح بيعها لغيره فله أولى لان العين في يده

أما ضبطها بالشهر والسنة فلا نعلم فيه خلافا وإنما اشترط العلم بالمدة لأنها هي الضابطة فاشترط معرفتها كعدد المكيلات فيما بيع بالكيل ، فان قدر المدة بسنة مطلقة حمل على السنة الهلالية لأنها المعهودة قال الله تعالى (يسألونك عن الأهلة قل هي موافق للناس والحج) فوجب أن يحمل العقد عليه ، فان قال هلالية كان مؤكدا ، وإن قال عددية أو سنة بالأيام فهي ثلثائة وستون يوما لان الشهر العددي ثلاثون يوما . وان استأجر سنة هلالية في أولها عدد اثني عشر شهرا بالأهلة سواء كان الشهر تاما أو ناقصا لان الشهر الهلالي ما بين هلالين ينقص مرة ويزيد أخرى . وكذلك إن كان العقد على أشهر دون السنة ، وإن جعل المدة سنة رومية أو شمسية أو فارسية أو قبطية وهما يعلمانها جاز وهي ثلثائة وخمسة وستون يوما وربيع يوم وإن جهلا ذلك أو أحدهما لم يصح

(فصل) فان أجره إلى العيد انصرف إلى الذي يليه وتعلق بأول جزء منه لانه جعل غاية فتنهيه مدة الاجارة بأوله . وقال القاضي : لا بد من تعيين العيد فطرا أو أضحا من هذه السنة أو من سنة كذا . وكذلك الحكم ان علقه بشهر يقع اسمه على شهرين كجادي وريبع يجب على قوله أن يذكر الاول أو الثاني من سنة كذا . وان علقه بشهر مفرد كرجب فلا بد أن يبينه من أي سنة ، وإن علقه بيوم يبينه من أي أسبوع ، وإن علقه بعيد من أعياد الكفار وهما يعلمانه صح وإلا لم يصح

(فصل) ولا تنقذر أكثر مدة الاجارة بل يجوز أجره العين مدة يثلب على الظن بقاء العين فيها

وهل تبطل الاجارة ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا تبطل لانه تلك المنفعة بعقد ثم ملك الرقبة المسلموبة بعقد آخر فلم يتنافيا كما يملك الثمرة بعقد ثم يملك الاصل بعقد آخر ، ولو أجر الموصي له بالمنفعة مالك الرقبة صححت الاجارة فدل على أن ملك المنفعة لا يتنافي العقد على الرقبة، وكذلك لو استأجر المالك العين المستأجرة من مستأجرها جاز فعلى هذا يكون الاجر باقيا على المشتري وعليه الثمن ويجمعان للبايع كما لو كان المشتري غيره (والثاني) تبطل الاجارة فيما بقي من المدة لانه عقد على منفعة العين فبطل ملك العاقد للعين كالنكاح فانه لو تزوج أمة ثم اشتراها بطل نكاحه ولان ملك الرقبة يمنع ابتداء الاجارة فبطل استدامتها كالنكاح فعلى هذا يسقط عن المشتري الاجر فيما بقي من مدة الاجارة كما لو بطلت الاجارة بتلف العين وإن كان المؤجر قد قبض الاجر كله حسب عليه باقي الاجر من الثمن

(فصل) وإن ورث المستأجر العين المستأجرة فالحكم فيه كما لو اشتراها في بطلان الاجارة أو بقائها إلا أنه لا فرق في الحكم بين فسخ الاجارة وبقائها فلو استأجر انسان من ابيه داراً ثم مات أبوه وخلف ابني أحدهما هو المستأجر فان الدار تكون بينهما نصفين والمستأجر أحق بها لان النصف الذي لأخيه الاجارة باقية فيه والنصف الذي ورثه يستحقه اما بحكم الملك واما بحكم الاجارة وما عليه من الاجر بينهما نصفين ، وإن كان أبوه قد قبض الاجر لم يرجع بشيء منه على أخيه ولا تركه أيه ويكون ما خلفه أبوه بينهما نصفين لانه لو رجع شيء أففى الى أن يكون قد ورث النصف بمنفعته وورث أخوه

وإن طالت . وهذا قول عامة أهل العلم، غير أن أصحاب الشافعي اختلفوا في مذهبه فمنهم من قال له قولان (أحدهما) يذكرونا وهو الصحيح (والثاني) لا يجوز أكثر من سنة لان الحاجة لا تدعو الى أكثر منها ومنهم من قال له قول ثالث انها لا يجوز أكثر من ثلاثين سنة : وحكى القاضي في كتاب الخلاف عن ابن حاتم ان أصحابنا اختلفوا في مدة الاجارة فمنهم من قال لا يجوز أكثر من سنة . واختاره ومنهم من قال الى ثلاثين سنة لان الغالب ان الاعيان لا تبقى أكثر منها وتغير الاسعار والاجر

ولنا قوله تعالى إخباراً عن شعيب عليه السلام انه قال (على أن تأجرني ثمانى حجج) وشرع من قبلنا شرع انما لم يتم على نسخه دليل . ولان ما جاز العقد عليه سنة جاز أكثر منها كالبيع والنكاح والمساقاة والتقدير بسنة وثلاثين تحكم لادليل عليه وليس هو بأولى من التقدير بزيادة عليه أو نقصان منه

(فصل) اذا استأجر سنين لم يحتج الى تقسيط الاجر على كل سنة في ظاهر كلام احمد كما لو استأجر سنة لم يحتج الى تقسيط أجر كل شهر بالاتفاق، وكذلك لا يفتقر الى تقسيط أجر كل يوم اذا استأجر شهر، ولان المنفعة كالأعيان في البيع، ولو اشتملت الصفقة على اعيان لم يلزمه تقدير ثمن كل عين كذلك ههنا، وقال الشافعي في أحد قولييه يفتقر الى تقسيط أجر كل سنة لان المنافع تختلف باختلاف السنين فلا يأمن أن يفسخ العقد فلا يعلم بم يرجع وهذا يبطل بالشهور فانه لا يفتقر الى تقسيط الاجر على كل شهر مع الاحتمال الذي ذكره

نصفاً مسلوب المنفعة والله سبحانه قد سوى بينهما في الميراث ولأنه لو رجع بنصف أجر النصف الذي انتقضت الاجارة فيه لوجب أن يرجع أخوه بنصف المنفعة التي انتقضت الاجارة فيها إذ لا يمكن أن يجمع له بين المنفعة واخذ عوضها من غيره

(فصل) وإن اشترى المستأجر العين ثم وجدها معيبة فردها فإن قلنا لا تنفسخ الاجارة بالبيع فهي باقية بعد رد العين كما كانت قبل البيع ، وإن قلنا قد انفسخت فالحكم فيها كما لو انفسخت بثأف العين ، وإن كان المشتري أجنبياً فرد المستأجر الاجارة لعيب فينبغي أن تعود المنفعة إلى البائع لأنه يستحق عوضها على المستأجر فإذا سقط العوض عاد اليه المعوض ولأن المشتري ملك العين مسلوبة المنفعة مدة الاجارة فلا يرجع اليه ما لم يملكه ، وقال بعض أصحاب الشافعي يرجع إلى المشتري لأن المنفعة تابعة لرقبة وإنما استحققت بعقد الاجارة فإذا زالت عادت اليه كما لو اشترى أمة مزوجة فطاعتها الزوج ، ولا يصح هذا القياس فإن منفعة البضع قد استقر عوضها للبائع بمجرد دخول الزوج بها ولا ينقسم العوض على المدة ولهذا لا يرجع الزوج بشيء من الصداق فيما إذا انفسخ النكاح أو وقع الطلاق بخلاف الاجر في الاجارة فإن المؤجر يستحق الاجر في مقابلة المنفعة مقسوماً على مدتها فإذا كان له عوض المنفعة المستقبلية فزال بالفسخ رجع اليه معوضها وهو المنفعة ولأن منفعة البضع لا يجوز أن تملك بغير

(مسئلة) (ولا يشترط أن تلي العقد فلو أجره سنة خمس في سنة أربع صح)

سواء كانت العين مشغولة وقت العقد ولم تكن وكذلك ان أجره شهر رجب في الحرم وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح إلا أن يستأجرها من هي في إجارته ، ففيه قولان لأنه عقد على ما يمكن تسليمه في الحال فأشبهه إجارة العين للمقصوبة قال ولا يجوز أن يكتري بعيراً بعينه إلا عند خروجه لذلك ولنا أنها مدة يجوز العقد عليها مع غيرها فجاز العقد عليها مفردة مع عموم الناس كالتي تلي العقد وإنما تشترط القدرة على التسليم عند وجوبه كالسليم فإنه لا يشترط وجود القدرة عليه حين العقد ، ولا فرق بين كونها مشغولة أو غير مشغولة لما ذكرناه ، وما ذكره يبطل بما إذا أجرها من المكتري فإنه يصح مع ما ذكره . إذا ثبت هذا فإن الاجارة ان كانت على مدة تلي العقد لم يحتج إلى ذكر ابتدائها من حين العقد وإن كانت لا تليه فلا بد من ذكره لأنها أحد طرفي العقد فاحتج إلى معرفته كالأنهاء ، وإن أطلق فقال أجرتك سنة أو شهراً صح وكان ابتداءها من حين العقد وهو قول أبي حنيفة ومالك وقال الشافعي وبعض أصحابنا لا يصح حتى يسمي الشهر وبذكر أي سنة هي قال أحمد في رواية إسماعيل ابن سعيد إذا استأجر أجيراً شهراً فلا يجوز حتى يسمي الشهر

ولنا قول الله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام قال (على أن تأجرني بماني حجج) لم يذكر ابتداءها ولأنه تقدير بمدة ليس فيها قرينة فإذا أطلقها وجب أن تلي السبب كدرة السلم والايلاء وتفاوت النذر فإنه قرينة

ملك الرقبة أو النكاح فلو رجعت الى البائث للملك بغيرها ولانها مما لا يجوز لزواج نقلها الى غيره ولا المعاوضة عنها ومنفعة البدن بخلافها

(فصل) واذا وقعت الاجارة على عين مثل أن يستأجر عبداً للخدمة أو لرعاية الفم أو جملاً لحمل أو لركوب فتلفت انفسخ العقد بتلفها، وإن خرجت مستحقة تبيناً أن العقد باطل، وإن وجد بها عيباً فردها انفسخ العقد ولم يملك ابدالها لان العقد على معين فثبتت هذه الاحكام كما لو اشترى عينا، وإن وقعت على عين موصوفة في الذمة انعكست هذه الاحكام فتى سلم اليه عينا فتلفت لم تنفسخ الاجارة ولزم المؤجر ابدالها، وإن خرجت موصوبة لم يبطل العقد ولزمه بدلها، وإن وجد بها عيباً فردها فكذلك لان المعقود عليه غير هذه العين وهذه بدل عنه فلم يؤثر تلفها ولا غصبها ولا ردها بعيب في ابطال العقد كما لو اشترى بضمن في الذمة على ما قرر في موضعه، فان قيل فقد قلتم من اشترى جملاً ليركبه جاز أن يركبه من هو مثله ولو اشترى أرضاً لزراعة شيء بعينه جاز له زرع ما هو مثله أو دونه في الضرر فلم قلتم اذا اشترى جملاً بعينه لا يجوز أن يبدله؟ قلنا لان المعقود عليه منفعة العين فلم يجز أن يدفع اليه غير المعقود عليه كما لو اشترى عينا لا يجوز أن يأخذ غير ما هو الرأب غير معقود عليه انما هو موقوف للمنفعة وانما اشترط معرفته لتقدير المنفعة لانه معقوداً عليه وكذلك الزرع في الارض فانما يعين ليعرف به قدر المنفعة المستوفاة فيجوز الاستيفاء بغيرها كما لو وكل المشتري غيره في استيفاء المبيع، ألا ترى أنه لو تلف البعير أو الارض

(فصل) اذا تمت الاجارة وكانت على مدة ملك المستأجر المنافع المعقود عليها الى المدة وتحدث على ملكه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة تحدث على ملك المؤجر ولا يملكها المستأجر بالعقد لانها معدومة فلا تكون مملوكة كالولد والثمره

ولنا ان الملك عبارة عن حكم يحصل به تصرف مخصوص وقد ثبت أن المنفعة المستقبلية كان للمالك العين أن يتصرف فيها كتصرفه في العين فلما أجرها كان المستأجر مالكاً لتصرف فيها كما كان يملكه المؤجر فثبت انها كانت مملوكة للمالك العين ثم انتقلت الى المستأجر بخلاف الولد والثمره فان المستأجر لا يملك التصرف فيها قولهم إن المنفعة معدومة قلنا هي مقدرة الوجود لانها جعلت مورداً للعمل والقدر لا يرد إلا على موجود

(مسئلة) (واذا أجره في اثناء شهر سنة استوفى شهراً بالعدد وسائرهما بالاهلة)

لانه تعذر انعامه بالهلال فتمتناه بالعدد وامكن استيفاء ماعداً بالهلال فوجب ذلك لانه الاصل وعنه يستوفى الجميع بالعدد لانها مدة يستوفى بعضها بالعدد فوجب استيفاء جميعها به كما لو كانت المدة شهراً واحداً ولان الشهر الاول ينبغي أن يكمل من الشهر الذي يليه فيحصل ابتداء الشهر الثاني في اثنائه وكذلك كل شهر يأتي بعده ولا يبي حنيفة والشافعي كالروابيتين، وكذلك الحكم في كل ما يعتبر فيه الاشهر كمدة الوفاة وشهري صيام الكفارة

انفسخت الاجارة ولو مات الراكب أو تلف البذر لم تنفسخ الاجارة وجاز أن يقوم غيره بمقامه فانترقا
 ﴿مسئلة﴾ قال (ومن استأجر عقاراً فله أن يسكنه غيره اذا كان يقوم مقامه)

وجملته أن من استأجر عقاراً للسكنى فله أن يسكنه ويسكن فيه من شاء ممن يقوم مقامه في الضرر أو دونه ويضع فيه ما جرت عادة الساكن به من الرحال والطعام ويخزن فيها الثياب وغيرها مما لا يضر بها، ولا يسكنها ما يضر بها مثل القصارين والمدايين لأن ذلك يضر بها، ولا يجعل فيها الدراب لأنها تروث فيها وتفسدها ولا يجعل فيها السرجين ولا رحي ولا شيئاً يضر بها، ولا يجوز أن يجعل فيها شيئاً ثقيلاً فوق سقف لأنه يثقله ويكسر خشبه ولا يجعل فيها شيئاً يضر بها إلا أن يشترط ذلك ، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً وإنما كان كذلك لأن له استيفاء المعقود عليه بنفسه ونائبه والذي يسكنه نائب عنه في استيفاء المعقود عليه فجاز كما لو وكل وكيل في قبض المبيع أو دين له ولم يملك فعل ما يضر بها لأنه فوق المعقود عليه فلم يكن له فعله كما لو اشترى شيئاً لم يملك أخذ أكثر منه فاما أن يجعل الدار مخزناً للطعام فقد قال أصحابنا يجوز ذلك لأنه يجوز أن يجعلها مخزناً لغيره ويحتمل أن لا يجوز لأن ذلك يفضي إلى تحريق النار أرضها وحيطانها وذلك ضرر لا يرضى به صاحب الدار (فصل) وإذا اكترى داراً جاز اطلاق العقد ولم يحتج الى ذكر السكنى ولا صفتها وهذا قول

(فصل) ومن اكترى دابة الى العشاء فأخر المدة غروب الشمس وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأبو ثور آخرها زوال الشمس لأن العشاء آخر النهار وآخره النصف الآخر من الزوال وكذلك جاء في حديث ذي الديدن عن أبي هريرة قال صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم إحدى صلاة العشي يعني الظهر أو العصر هكذا تفسيره

ولنا قوله تعالى (من بعد صلاة العشاء) يعني العتمة وقال النبي ﷺ « لولا أن أشق على أمتي لأخرت العشاء الى ثلث الليل » وإنما تعلق الحكم بغروب الشمس لأن هذه الصلاة تسمى العشاء الآخرة فيدل على أن الأولى المغرب وهو في العرف كذلك فوجب أن يتعلق الحكم به لأن المدة اذا جعلت الى وقت تعلقت بأوله كما لو جعلها الى الليل ، وما ذكره لا يصح لأن لفظ العشي غير لفظ العشاء فلا يجوز الاحتجاج بأحدهما على الآخر حتى يقوم دليل على أن معنى اللفظين واحد ثم لو ثبت أن معناها واحد غير أن أهل العرف لا يعرفون غير ما ذكرناه فإن اكترأها الى الليل فهو الى أوله وكذلك ان اكترأها الى النهار فهو الى أوله ، ويتخرج أن يدخل الليل في المدة الأولى والنهار في الثانية لما ذكرناه في مدة الخيار، وإن اكترأها نهاراً فهو الى غروب الشمس وإن اكترأها ليلة فهي الى طلوع الفجر في قول الجميع لأن الله تعالى قال في ليلة القدر (سلام هي حتى مطلع الفجر) وقال (أحل لكم ليلة الصيام الرفث الى نسائكم) ثم قال (فلا تباشروهن وأبغضوا ما كتب الله لكم وكلوا

الشافعي وأصحاب الرأي ، وقال أبو ثور لا يجوز حتى يقول آيت تحتها أنا وعيالي لأن السكني يختلف ولو أكثرها ليسكنها فتزوج امرأة لم يكن له أن يسكنها معه .

ولنا أن الدار لا تكتري إلا للسكني فاستغنى عن ذكره كاطلاق الثمن في بلد فيه قد معروف به والتفاوت في السكني يسير فلم يحتاج إلى ضبطه وما ذكره لا يصح فإن الضرر لا يكاد يختلف بكثرة من يسكن وقتهم ولا يمكن ضبط ذلك فاجتزى ، فيه بالعرف كما في دخول الحمام وشبهه ، ولو اشترط ما ذكره لوجب أن يذكر عدد السكان وأن لا يبيت عنده ضيف ولا زائر ولا غير من ذكره ولكن ينبغي أن يعلم صفة الساكن كما يعلم ذلك فيما إذا اكتري المركوب

(فصل) وإذا أكثرى ظهراً ليركبه فله أن يركبه مثله ومن هو أخف منه ولا يركبه من هو أثقل منه لأن العقد اقتضى استيفاء منفعة مقدرة بذلك الراكب فله أن يستوفي ذلك بنفسه ونائبه ، وله أن يستوفي أقل منه لأنه يستوفي بعض ما يستحقه وليس له استيفاء أكثر منه لأنه لا يملك أكثر مما عقد عليه ولا يشترط التساوي في الطول والقصر ولا المعرفة بالركوب ، وقال القاضي بشرط أن يكون مثله في هذه الاوصاف كلها لأن قلة المعرفة بالركوب تنقل على المركوب وتضر به . قال الشاعر :

لم يركبوا الخيل إلا بعد ما كبروا فهم ثقال على أعجازها عنف

ولنا أن التفاوت في هذه الأمور بعد التساوي في الثقل يسير فعني عنه ولهذا لا يشترط ذكره في الاجارة ولو اعتبر ذلك لاشترطت معرفته في الاجارة كالثقل والخفة

واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر ثم أتموا الصيام الى الليل (فصل) وإن أكثرى فسطاطا الى مكة ولم يقل متى أخرج فالكرأ فاسد وبه قال أبو ثور وهو قياس قول الشافعي وقال أصحاب الرأي يجوز استعسانا بخلاف القياس

ولنا أنها مدة غير معلومة الابتداء فلم يجوز كما لو قال أجرتك داري من حين يخرج الحاج الى رأس السنة وقد اعترفوا بمخالفته الدليل وما ادعوه دليلا نعم كونه دليلا

(القسم الثاني) إجارتهما العمل معلوم كاجارة الدابة لركوب الى موضع معين أو بقدر حرث مكان أو دياس زرع واستئجار عبد ليدله على طريق أو رعى لطحن قفزان معلومة فيشترط معرفة العمل وضبطه بما لا يختلف لأن الاجارة عقد معاوضة فوجب أن يكون العرض فيها معلوما لئلا يفضي الى الاختلاف والتنازع كقولنا في البيع ، والعلم بمقدار المنفعة إما أن يحصل بتقدير المدة كما ذكرنا في اجارة الدار وخدمة العبد مدة معلومة وإما بتقدير العمل ووصف ما يعمل وضبطه بما لا يختلف فيه كالمبيعات

(فصل) يجوز أن يكتري بقرا لحرث مكان لأن البقر خلقت للحرث ولذلك قال النبي ﷺ « بينما رجل يسوق بقرة أراد أن يركبها فقالت إني لم أخلق لهذا إنا خلقت للحرث » متفق عليه ، ويحتاج الى معرفة الأرض وتقدير العمل ، فما الأرض فلا تعرف إلا بالمشاهدة فإنها تختلف فتكون صلبة تنعب

(فصل) فان شرط أن لا يستوفي في المنفعة بمثله ولا من هو دونه فقياس قول أصحابنا صحة العقد و بطلان الشرط فانه قال فيمن شرط أن يزرع في الارض حنطة ولا يزرع غيرها: يبطل الشرط ويصح العقد ، ويحتمل أن يصح الشرط وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر فلا يملك ما لم يرض به ولانه قد يكون له غرض في تخصيصه باستيفاء هذه المنفعة ، وقالوا في الوجه الآخر يبطل الشرط لانه ينافي موجب العقد إذ موجب ملك المنفعة والتسلط على استيفائها بنفسه وبنائيه ، واستيفاء بعضها بنفسه وبعضها بنائيه والشرط ينافي ذلك فكان باطلا ، وهل يبطل به العقد؟ فيه وجهان أحدهما لا يبطله لانه لا يؤثر في حق المؤجر فمما ولا ضراً فالتقي وبقي العقد على مقتضاه ، والآخر يبطله لانه ينافي مقتضاه فأشبهه ما لو شرط أن لا يستوفي المنافع

(فصل) ويجوز للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة إذا قبضها نص عليه أحمد وهو قول سعيد ابن المسيب وابن سيرين ومجاهد وعكرمة وأبي سليمان بن عبد الرحمن والنخعي والشعبي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، وذكر القاضي فيه رواية أخرى أنه لا يجوز لأن النبي ﷺ نهي عن ربح ما لم يضمن والمنافع لم تدخل في ضمانه ، ولانه عقد على ما لم يدخل في ضمانه فلم يجز كيوم المكيل والموزون قبل قبضه ، والاول أصح لأن قبض العين قام مقام قبض المنافع بدليل أنه يجوز التصرف فيها فجاز العقد عليها كيوم الثمرة على الشجرة ويبطل قياس الرواية الاخرى لهذا الاصل. اذا ثبت فانه لا يجوز

البقر والحراث وتكون فيها حجارة تتعلق فيها السكة وتكون رخوة يسهل حرقها ، ولا تنضبط بالصفة فتحتاج الى الرؤية. وأما تقدير العمل فيجوز بأحد شيئين إما بالمدة كيوم وإما بمعرفة الارض كذه القطة أو من هنا الى هنا أو بالمساحة كجريب أو جريين أو كذا ذراعا في كذا كل ذلك جائز لحصول العلم به فان قدره بالمدة فلا بد من معرفة البقر التي يعمل عليها لان الغرض يختلف باختلافها بالقوة والضعف ويجوز أن يستأجر البقر مفردة ليتولى رب الارض الحرث بها ويجوز أن يستأجرها مع صاحبها ويجوز استئجارها بآلتها وبدونها وتكون الآلة من عند صاحب الارض ويجوز استئجار البقر وغيرها لدواس الزرع لانها منفعة مباحة ، مقصودة اشبهت الحرث ويجوز على مدة أو زرع معين أو موصوف كما ذكرنا في الحرث ، ومتى كان على مدة احتيج الى معرفة الحيوان لان الغرض يختلف به فنه مآروثه ظاهر ومنه نجس ، ولا يحتاج الى معرفة عين الحيوان ويجوز أن يستأجر الحيوان بآلته وغيرها مع صاحبه ومنفرداً كما ذكرنا في الحرث

(فصل) ويجوز استئجار غنم لتدوس له طينا أو زرعاً ولاصحاب الشافعي فيه وجه انه لا يجوز لانها منفعة غير مقصودة من هذا الحيوان . ولنا انها منفعة مباحة يمكن استيفائها اشبهت سائر المنافع المباحة وكالتني قبلها

(فصل) وان أكرى حيوانا لعل لم يخلق له كمن استأجر البقر لركوب أو الحبل أو الابل

إجارتها إلا لمن يقوم مقامه أو دونه في الضرر لما تقدم، فأما إجارتها قبل قبضها فلا يجوز من غير المؤجر في أحد الوجهين وهذا قول أبي حنيفة والمشهور من قول الشافعي لأن المنافع مملوكة بعقد معاوضة فاعتبر في جواز العقد عليها القبض كالأعيان، والآخرون يجوز وهو قول بعض الشافعية لأن قبض العين لا ينتقل به الضمان إليه فلم يقف جواز التصرف عليه، فأما إجارتها قبل القبض من المؤجر فإذا قلنا لا يجوز من غير المؤجر كان فيها ههنا وجهان (أحدهما) لا يجوز لانه عقد عليها قبل قبضها (والثاني) يجوز لأن القبض لا ينعذر عليه بخلاف الاجنبي، وأصلها بيع الطعام قبل قبضه لا يصح من غير بائنه رواية واحدة، وهل يصح من بائنه؟ على روايتين، فأما إجارتها بعد قبضها من المؤجر فجازة وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة لا يجوز لأن ذلك يؤدي إلى تناقض الأحكام لأن التسليم مستحق على السكراء فإذا أكرها صار مستحقا له فيصير مستحقا لما يستحق عليه وهذا تناقض

ولنا أن كل عقد جاز مع غير العاقد جاز مع العاقد كالبيع، وما ذكره لا يصح لأن التسليم قد حصل وهذا المستحق له تسليم آخر ثم يبطل بالبيع فإنه يستحق عليه تسليم العين فإذا اشتراها استحق تسليمها، فإن قبل التسليم ههنا مستحق في جميع المدة بخلاف البيع، قلنا المستحق تسليم العين وقد حصل وليس عليه تسليم آخر غير أن العين من ضمان المؤجر فإذا تعذر المنافع بتلف الدار وغصبها رجع عليه لأنها تعذرت بسبب كان في ضمانه

والخير للحرث جاز لأنها منفعة مقصودة أمكن استيفائها من الحيوان لم يرد الشرع بتحريمها فجاز كاتني خلقت له، ولأن مقتضى الملك جواز التصرف بكل ما تصلح له العين المملوكة ويمكن تحصيلها منها ولا يمتنع ذلك إلا بمعارض راجح أو ما ورد بتحريمه نص أو قياس صحيح أو رجحان مضرة على منفعة ولم يوجد شيء منها، وكثير من الناس يحملون على البقر ويركونها وفي بعض البلاد يحرق على الأبل والبغال والخيول فيكون معنى خلقها للحرث إن شاء الله تعالى أنه معظم نفعها ولا يمتنع ذلك الانتفاع بها في شيء آخر كما أن الخيل خلقت للركوب والزينة وبياع أكلها، والأواظ خلق للحلية ويجوز استعماله في الأدوية وغيرها

(فصل) ويجوز استئجار بهيمة لإدارة الرعي ويفتقر لشئئين معرفة الحجر بالمشاهدة أو الصفة لأن حمل البهيمة يختلف فيه بثقله وخفته فيحتاج صاحبها إلى معرفته (الثاني) تقدير العمل بالزمان كيوم أو يومين أو بالطعام فيقول قفيزاً أو قفيزين وذكر جنس المظنون أن كان يختلف لأن منه ما يسهل طحنه ومنه ما يشق، وإن أكرها لإدارة دولاب فلا بد من مشاهدته ومشاهدة دلالة لاختلافها وتقدير ذلك بالزمان أو مل. هذا الحوض، وكذلك أن أكرها للسقي بالغرب فلا بد من معرفته ولأنه يختلف بكبره وصغره، ويقدر بالزمان أو بعدد الغروب أو بمل. بركة، يجوز تقدير ذلك بسقي أرض لأن ذلك يختلف فقد تكون الأرض شديدة العطش لا يروى فيها القليل وتكون قريبة العهد بالماء فيروى بها

(فصل) ويجوز المستأجر إجارة العين بمثل الاجر وزيادة نص عليه أحمد ، وروي ذلك عن عطاء ، والحسن ، والزهري ، وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر ، وعن أحمد انه ان أحدث في العين زيادة جاز له أن يكرها زيادة والا لم تجز الزيادة فان فعل تصدق بالزيادة روي هذا الشعبي وبه قال الثوري وأبو حنيفة لانه يربح بذلك فيما لم يضمن ، وقد نهى النبي ﷺ عن ربح مالم يضمن ، ولانه يربح فيما لم يضمن فلم يجز كما لو ربح في الطعام قبل قبضه ، ويخالف ما اذا عمل عملا فيها لان الربح في مقابلة العمل وعن أحمد رواية ثالثة ان أذن له المالك في الزيادة جاز والإلا لم يجز ، وكره ابن المسيب وأبو سفيان سيرة بن ومجاهد وعكرمة والشعبي والنخعي الزيادة مطلقا لدخولها في ربح مالم يضمن

ولنا أنه عقد يجوز برأس المال فجاز زيادة كبيع المبيع بعد قبضه وكما لو أحدث عمارة لا يقابلها جزء من الاجر ، وأما الحيز فان المنافع قد دخلت في ضمانه من وجه فأنها لو فأت من غير استيفائه كانت من ضمانه ، ولا يصح القياس على بيع الطعام قبل قبضه فان البيع ممنوع منه بالكلية سواء ربح أو لم يربح وهما جائز في الجملة وتعليقهم بان الربح في مقابلة عمله ملغى بما اذا كنس الدار ونظفها فان ذلك يزيد في أجرها في العادة

(فصل) ونقل الاثر من أحمد أنه سأل عن الرجل يتقبل العمل من الاعمال فيقبله بأقل من ذلك أيجوز له الفضل ؟ قال ما أدري هي مسئلة فيها بعض الشيء قلت أليس كان الحياض أسهل عندك

اليسير ، وأن قدره بسقي ماشية احتمل أن لا يجوز لذلك ويحتمل الجواز لان شربها يتقارب في الغالب ويجوز استئجار دابة ليستقي عليها ماء ، ولا بد من معرفة الآلة التي يستقي فيها من راوية أو قرب أو جرار اما بالرؤية واما بالصفة ، ويقدر العمل بالزمان أو بالعدد أو ببلء شيء معين ، فان قدره بعدد المرات احتاج الى معرفة المكان الذي يستقي منه والذي يذهب اليه لان ذلك يختلف بالقرب والبعد والسهولة والحزونة ، وان قدره الى شيء معين احتاج الى معرفة ومعرفة ما يستقي منه ، ويجوز أن يكتري البهيمة بآلتها وبدونها مع صاحبها ووحدها ، فان أكثرها لبل تراب معروف جاز لانه يعلم بالعرف وكل موضع وقع العقد على مدة فلا بد من معرفة الظاهر الذي يعمل عليه لان الغرض يختلف باختلافها في القوة والضعف وان وقع على عمل معين لم يخرج الى ذلك لانه لا يختلف ويحتمل أن يحتاج الى ذلك في استئجار الما عليه لان منه ماروته وجسمه طاهر كالخيل والبقر ومنه ماروته نجس وفي جسمه اختلاف كالبعال فربما نجس يد المستقي أو دلوه فيتنجس الماء به فيختلف الغرض بذلك فاحتيج الى معرفته

(مسئلة) (يجوز استئجار رجل ليدله على طريق)

لان النبي ﷺ وأبا بكر استأجرا عبدا لله بن الاريطه هاديا خريتا وهو الماهر بالمداية ليدلها على الطريق الى المدينة

إذا قطع الثوب أو غيره إذا عمل في العمل شيئاً قال إذا عمل عملاً فهو أسهل ، قال النخعي لا بأس أن يتقبل الحياطة الثياب بأجر معلوم ثم يقبلها بعد ذلك بعد أن يمين فيها أو يقطع أو يعطيه سلوكاً أو ابراً أو يخطئ فيها شيئاً فإن لم يمين فيها بشيء فلا يأخذن فضلاً وهذا محتمل أن يكون النخعي قاله مبنيًا على مذهبه في أن من استأجر شيئاً لا يؤجره بزيادة وقياس المذهب جواز ذلك سواء أعان فيها بشيء أو لم يمين لانه إذا جاز أن يقبله بمثل الاجر الاول أو دونه جاز بزيادة عليه كالبيع وكاجارة العين

(فصل) وكل عين استأجرها لمنفعة فله أن يستوفي مثل تلك المنفعة وما دونها في الضرر ، قال أحمد إذا استأجر دابة ليحمل عليها تمرأ فحمل عليها حنطة أرجو أن لا يكون به بأسا إذا كان الوزن واحداً ، فإن كانت المنفعة التي يستوفيها أكثر ضرراً أو مخالفة للمعقود عليها في الضرر لم يميز لانه يستوفي أكثر من حقه أو غير ما يستحقه ، فإذا اكترى دابة ليحمل عليها حديدا لم يحمل عليها قطناً لانه يتجافى ونهب فيه الريح فيتعيب الظهر ، وإن اكترأها لحل القطن لم يميز أن يحمل الحديد لانه يجتمع في موضع واحد فيثقل عليه والقطن يتفرق فيقل ضرره ، وإن اكترأه ليركه لم يميز أن يحمل عليه لان الراكب يعين الظهر بمركته ، وإن اكترأه ليحمل عليه لم يميز أن يركبه لان الراكب يقعد في موضع واحد فيشتد على الظهر وانتاع يتفرق على جنبه ، وإن اكترأه ليركه عرياً لم يميز أن يركبه بسرج لانه يحمل عليه أكثر مما عقد عليه ، وإن اكترأه ليركه بسرج لم يميز أن يركبه عرياً لانه إذا ركب عليه من غير سرج

(مسألة) (ويصح استئجار رحي الطحن قفزان معلومة)

ويحتاج الى معرفة جنس المطحون برأ أو شعيراً أو ذرة أو غيره لان ذلك يختلف فنه ما يسهل طحنه ومنه ما يصير فاحتيج الى معرفته لتزول الجهالة

(فصل) يجوز استئجار كيال أو وزان لعمل معلوم أو في مدة معلومة وبه قال مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي لانهم فيه خلافاً ، وقد روي في حديث سويد بن قيس أنانا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاشترى رجل منا سراويل وم رجل يزن بأجر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « زن وأرجح » رواه ابو داود

(فصل) ويجوز استئجار رجل ليلالزم غريماً تستحق ملازمته وقد روي عن أحمد انه كره ذلك وقال غير هذا أعجب إلي وانما كرهه لانه يؤول الى الخصومة وفيه تضيق على المسلم ولا يأمّن ان يكون ظالماً فيساعده على ظلمه وروي عنه انه قال لا بأس به لان الظاهر انه بحق فان الحاكم في الظاهر لا يحكم الا بحق ولهذا أجزنا للموكل فعله

(فصل) ويجوز الاستئجار لحفر الآبار والأنهار والقني لانها منفعة معلومة يجوز التطوع بها فجاز الاستئجار عليها كالخدمة ولا بد من تقدير العمل بمدة أو عمل معين فان قدره بمدة نحو أن يستأجره شهراً ليحفر له بئراً أو نهراً لم يحتج الى معرفة القدر وعليه الحفر في ذلك الشهر قليلاً حفر أو كثيراً

حي ظهره فربما عقره ، وإن اكتراه ليركه بسرج لم يجوز أن يركبه بأكثر منه فلو اكترى حماراً لم يجوز أن يركبه بسرج البرذون إذا كان أثقل من سرجه ، وإن اكترى دابة بسرج فركبها بأكثر أثقل منه أو أضمر لم يجوز ، وإن كان أخف وأقل ضرراً فلا بأس ، ومتى فعل ما ليس له فعله كان ضامناً عليه الاجر وهذا كله مذهب الشافعي وأبي ثور

(فصل) وإن اكترى دابة ليركبها في مسافة معلومة أو يحمل عليها فيها فزاد العدول بها إلى ناحية أخرى مثلها في القدر أضمر منها أو تخالف ضررها بأن تكون أحدها أحسن والاخرى أخوف لم يجوز وإن كان مثلها في السهولة والحزونة والامن أو التي يعدل اليها أقل ضرراً فذكر القاضي أنه يجوز وهو قول أصحاب الشافعي لأن المسافة عينت ليستوفي بها المنفعة ويعلم قدر ما بها فلم تتعين كنوع الحمل والراكب ، ويقوى عندي أنه متى كان للمركب غرض في تلك الجهة المعينة لم يجوز العدول إلى غيرها مثل من يركب جماله إلى مكة فيحج معها فلا يجوز له أن يذهب بها إلى غيرها ، ولو أكرها إلى بغداد لكون أهلها بها أو يبلد العراق لم يجوز الذهاب بها إلى مصر ، ولو اكترى جهاته جثة إلى بلد لم يجوز للمستأجر التفريق بينها بالفرق ببعضها إلى جهة ويباقيها إلى جهة أخرى وذلك لانه عين المسافة لغرض في فواته ضرر فلم يجوز تقويته كما في حق المكترى فإنه لو أراد حمله إلى غير المكان الذي اكترى اليه لم يجوز وكما لو عين طريقاً سهلاً أو آمناً فأراد سلوك ما يخالفه في ذلك

قال شيخنا ويفتقر إلى معرفة الأرض التي يحفر فيها وقال بعض أصحابنا لا يحتاج إلى ذلك لأن الغرض لا يختلف بذلك والاول أولى ان شاء الله تعالى لأن الأرض الصلبة يشق حفرها والينة يسهل ، وإن قدره بالعمل فلا بد من معرفة الموضع بالمشاهدة لكونها تختلف بالسهولة والصلاية وذلك لا ينضبط بالهينة ، ويعرف دور البئر وعمقها وطول النهر وعرضه وعمقه لأن العمل يختلف بذلك ، وإذا حفر بئراً فعليه شيل التراب لانه لا يمكنه الحفر إلا بذلك فقد تضمنه العقد ، فإن تهوى تراب من جانبيها أو سقطت فيه بهيمة أو نحو ذلك لم يلزمه شيله وكان على صاحب البئر لانه سقط فيها من ملكه ولا يتضمن عقد الاجارة رفعه ، وإن وصل إلى صخرة أو جدار يمنع الحفر لم يلزمه حفره لأن ذلك يخالف لما شاهده من الأرض وإنما اعتبرت مشاهدة الأرض لانها تختلف فإذا ظهر فيها ما يخالف للمشاهدة كان له الخيار في الفسخ فإن فسخ كان له الاجر بحصة ما عمل فيقسط الاجر على ما بقي وما عمل ، فيقال كم أجر ما عمل وكم أجر ما بقي؟ فيقسط الاجر المسمى عليها ولا يجوز تقسيطه على عدد الأذرع ، لأن أعلى البئر يسهل قتل التراب منه وأسفله يشق ذلك فيه ، وإن نبع منه ما منعه من الحفر فهو كالصخرة على ما ذكرنا

(فصل) ويجوز استئجار ناسخ ينسخ له كتباً من الفقه والحديث والشعر المباح وسجلات ناسخ عليه في رواية مثني ابن جامع ، وسأله عن كتابة الحديث بالاجر فلم يره بأساً ، ولا بد من التقدير بالمدة

(فصل) ويجوز أن يكتري قميصاً ليلبسه لأنه يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ويجوز بيعه فجازت أجارته كالعقار ولا بد من تقدير المنفعة بالمدة ، وإن كانت عادة أهل بلده نزع ثيابهم عند النوم في الليل فعليه نزعها في ذلك لأن الإطلاق يحمل على المعتاد ، وله لبسه فيما سوى ذلك ، وإن نام نهاراً لم يكن عليه نزعها لأنه العرف ويلبس القميص على ما جرت العادة به ولا يجوز أن ينزعه لأنه يعتمد عليه فيشقه وفي اللبس لا يعتمد ويجوز أن يرتدي به لأنه أخف ، ومن ملك شيئاً ملك ما هو أخف منه وقيل فيه وجه آخر أنه لا يجوز لأنه استعمال لم تجر العادة به في القميص أشبه الأتزار به

(فصل) وإن استأجر أرضاً صح لما تقدم ولا يصح حتى يرى الأرض لأن المنفعة تختلف باختلافها ولا تعرف إلا بالرؤية لأنها لا تنضبط بالعصاة ولا يصح حتى يذكر له ما يكتري له من زرع أو غرس أو بناء ، لأن الأرض تصلح لهذا كله وتأثيره في الأرض يختلف فوجب بيانه ، فإن قال أجرتها لتزروعها أو تغرسها لم يصح لأنه لم يعين أحدهما فأشبهه ما لو قال بعثك أحد هذين العبدین وإن قال لتزروعها ماشئت أو تغرسها ماشئت صح وهذا منصوص الشافعي وخالفه أكثر أصحابه فقالوا لا يجوز لأنه لا يدري كم يزرع وبغرس وقال بعضهم يصح ويزرع نصفها وبغرس نصفها

ولنا أن العقد اقتضى إباحة هذين الشيئين فصح كما لو قال لتزروعها ماشئت ، ولأن اختلاف المنسین كاختلاف النوعين ، وقوله لتزروعها ماشئت اذن في نوعين وأنواع وقد صح فكذلك في الجنسین وله

أو العمل فإن قدره بالعمل ذكر عدد الورق وقدره وعدد السطور في كل ورقة وقدر الحواشي ودقة القلم وغلظه فإن عرف الخط بالمشاهدة جاز وإن أمكن ضبطه بالنصف من ضبطه ، إلا فلا بد من المشاهدة لأن الأجر يختلف باختلافه ، ويجوز تقدير الأجر بأجزاء الفرع وبأجزاء الأصل ، وإن قاطعه على نسخ الأصل بأجر واحد جاز فإن أخطأ بالشيء اليسير عفي عنه لأنه لا يمكن التحرز منه ، وإن كان كثيراً بحيث يخرج عن العادة فهو عيب يرد به ، قال ابن عقيل ليس نه محاذة غيره حال النسخ ولا التشاغل عما يشغل سره ويوجب غلظه ولا لغيره تحديده وشغله ، وكذلك الأعمال التي تحتل بشغل السر والقلب كالقصارة والنسابة ونحوهما ، ويجوز أن يستأجر على نسخ مصحف في قول أكثر أهل العلم ، منهم جابر بن زيد ومالك بن دينار وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ، وقال ابن سيرين لا بأس أن يستأجر الرجل شهراً ويستكتبه مصحفاً ، وكرد علقمة كتابة المصحف بالأجر وأهله يرى ذلك مما يختص كون فاعله من أهل القرية فكروه الأجر عليه كالمصلاة

ولنا أنه فعل مباح يجوز أن يترب فيه الغير عن الغير فجاز أخذ الأجرة عليه ككتابة الحديث ، وقد جاء في الخبر « أحق ما أخذتم عليه أجره كتاب الله »

(فصل) يجوز أن يستأجر لحصاد زرع لا نعلم فيه خلافاً وكان إبراهيم بن آدم يؤجر نفسه لحصاد الزرع ، ويجوز تقديره بمدة وبعمل مثل أن يقاطعه على حصاد زرع معين ، ويجوز أن يستأجر رجلاً لسقي

أن يفرسها كلها ، وإن أحب زرعها كلها كما لو أذن له في أنواع الزرع كله كان له زرع جميعها نوعاً واحداً وله زرعها من نوعين كذلك ههنا

وإن أكرها للزرع وحده ففيه أربع مسائل (أحدها) أكرها للزرع مطلقاً أو قال لتزرعها ما شئت فإنه يصح وله زرع ماشاء. وهذا مذهب الشافعي ، وحكي عن ابن سريج أنه لا يصح حتى يتبين الزرع لأن ضرره يختلف فلم يصح بدون البيان كما لو لم يذكر ما يكثرى له من زرع أو غرس أو بناء. ولنا أنه يجوز استئجارها لأكثر الزرع ضرراً ويباح له جميع الأنواع لأنها دونه فإذا عمم أو أطلق تناول الأكثر وكان له مادونه وبخالف الأجناس المختلفة فإنه لا يدخل بعضها في بعض ، فإن قيل فلو أكثرى دابة للركوب لوجب تعيين الراكب ، قلنا لأن اجارة الركوب لا تكثر الركاب ضرراً لأن يجوز بخلاف المزروع ولأن للحيوان حرمة في نفسه فلم يجوز إطلاق ذلك فيه بخلاف الأرض ، فإن قيل فلو استأجر داراً للسكنى مطلقاً لم يجوز أن يسكنها من يضر بها كالتقصار والحداد فلم قلتم أنه يجوز أن يزرعها ما يضر بها ؟ قلنا ان السكنى لا تقتضي ضرراً فلذلك منع من اسكن من يضر بها لأن العقد لم يقتضيه والزرع يقتضي الضرر فإذا أطلق كان راضياً بأكثره فهذا جاز وليس له أن يفرس في هذه الأرض ولا يبيح لأن ضرره أكثر من المعقود عليه

(المسئلة الثانية) أكرها للزرع حنطة أو نوع بعينه فإن له زرع ما يعينه وما ضرره كضرره أو

زرعه وتنقيته وديانته وتقله الى موضع معين ، ويجوز أن يستأجر رجلاً يحتطب له لانه عمل مباح تدخله النياحة أشبه حصاد الزرع . قال احمد في رجل استأجر أجيراً على أن يحتطب له على حمارين كل يوم فكان الرجل ينقل عليها وعلى حمار آخر ويأخذ منه الاجرة فإن كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة ، وظاهر هذا أن المستأجر يرجع على الاجير بقيمة ما استضرر باشتغاله عن عمله لقوله ان كان يدخل عليه ضرر رجوع بالقيمة فاعتبر الضرر . وظاهر هذا انه اذا لم يستضرر لا يرجع بشيء . لأنه أكثره لعل فوفاه على التمام فلم يلزمه شيء . كما لو استأجره لعل فكان يقرأ القرآن في حال عمله فإن ضرر المستأجر رجوع عليه بقيمة ما فوت عليه . ويحتمل أنه أراد أنه يرجع عليه بقيمة ما عمله لغيره لأنه صرف . نفعه المعقود عليها الى عمل غير المستأجر فكان عليه قيمتها كما لو عمل لنفسه . وقال القاضي : هناك انه يرجع عليه بالاجر الذي أخذه من الآخر لأن منافعه في هذه المدة مملوكة لغيره فما حصل في مقابلتها يكون الذي استأجره

(فصل) يجوز الاستئجار لاستيفاء القصاص في النفس وما دونها ، وبما قال مالك والشافعي وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة لا يجوز في النفس لأن عدد الضربات يختلف وموضع الضربات غير متعين إذ يمكن أن يضرب مما يلي الرأس ومما يلي الكتف فكان مجهولاً

ولنا أنه حق يجوز التوكيل في استيفائه لا يختص فاعله أن يكون من أهل القرية فجاز الاستئجار

دونه ولا يتعين ماعينه في قول عامة أهل العلم إلا داود وأهل الظاهر فاتهم قالوا لا يجوز له زرع غير ماعينه حتى لو وصف الحنطة بأنها سمراء لم يجوز له أن يزرع أيضاً لأنه عينه بالعقد فلم يجوز العدول عنه كما لو عين المركوب أو عين الدرام في الثمن

ولنا أن المعقود عليه منفعة الأرض دون القمح ولهذا يستقر عليه العوض بمضي المدة إذا تسلم الأرض وإن لم يزرعها وإنما ذكر القمح لتقدير به المنفعة فلم يتعين كما لو استأجر داراً ليسكنها كان له أن يسكنها غيره ، وفارق المركوب والدرام في الثمن فانهما معقود عليهما فتعيننا والمعقود عليه هنا منفعة مقدرة وقد تعينت أيضاً ولم يتعين ما قدرت به كما لا يتعين المكيال والميزان في المكيل والموزون (المسئلة الثالثة) قال ليزرعها حنطة وما ضرره كضررها أو دونه فهذه كالتالي قبلها إلا أنه لا يخالف فيها لأنه شرط ما اقتضاه الإطلاق وبين ذلك تصريح نصه فزال الاشكال

(المسئلة الرابعة) قال ليزرعها حنطة ولا يزرع غيرها فذكر القاضي أن الشرط باطل لأنه يتنافى مقتضى العقد لأنه يقتضي استيفاء المنفعة كيف شاء فلم يصح الشرط كما لو شرط عليه استيفاء المبيع بنفسه والعقد صحيح لأنه لا ضرر فيه ولا غرض لأحد المتعاقدين لأن ما ضرره مثله لا يختلف في غير المؤجر فلم يؤثر في العقد فأشبه شرط استيفاء المبيع أو الثمن بنفسه ، وقد ذكرنا فيما إذا شترط مكتري الدار أنه لا يسكنها غيره وجهاً في صحة الشرط ورجحنا آخر في فساد العقد فيخرج ههنا مثله.

عليه كاتقصاص في الطرف ، وقوله أن عدد الضربات يختلف وهو مجهول يبطل بخيطة الثوب فإن عدد الفترات مجهول ، وقوله أن محله غير متعين ، قلنا هو متقارب فلا يمنع ذلك صحته كوضع الخيطة من حاشية الثوب

(فصل) ويجوز أن يستأجر سمساراً يشتري له ثياباً ، ورخص فيه ابن سيرين وعطاء والنخعي ، وكرهه الثوري وحامد

ولنا أنها منفعة مباحة تجوز النيابة فيها فجاز الاستئجار عليها كالبناء ، وتجوز على مدة معلومة مثل أن يستأجره عشرة أيام يشتري له فيها لأن المدة معلومة والعمل معلوم فأشبه الخياط والقصار ، وإن عين العمل دون الزمان فجعل له من كل ألف درهم شيئاً معلوماً صح أيضاً ، وإن قال كلما اشتريت ثوباً فذلك درهم أجراً وكانت الثياب معلومة بصفة أو مقدرة بثمن جاز ، وإن لم تكن كذلك فظاهر كلام أحمد أنه لا يجوز لأن الثياب تختلف باختلاف أثمانها والاجر يختلف باختلافها فإن اشترى ثله أجر مثله ، وهذا قول أبي ثور وابن المنذر لأنه عمل عملاً بعوض لم يسلم له فكان له أجر المثل كسائر الاجارات الفاسدة (فصل) وإن استأجره ليبيع له ثياباً بعينها صح وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يصح لأن ذلك يتعذر عليه فأشبه ضراب الفعل وحمل الحجر الكبير

ولنا أنه عمل مباح معلوم تجوز النيابة فيه فجاز الاستئجار عليه كسائر الثياب ، ولأنه يجوز الاستئجار

(فصل) وإن أكرها للفراس ففيه ما ذكرنا من المسائل إلا أن له أن يزرعها لأن ضرر الزرع أقل من ضرر الفراس وهو من جنسه لأن كل واحد منهما يضر بباطن الارض ، وليس له البناء لأن ضرره مخالف لضرره فانه يضر بظاهر الارض ، وإن أكرها للزروع لم يكن له الفرس ولا البناء لأن ضرر الفرس أكثر ، وضرر البناء مخالف لضرره ، وإن أكرها للبناء لم يكن له الفرس ولا الزرع لأن ضررها مخالف لضرره

(فصل) ولا تخلو الارض من قسمين أحدهما أن يكون لها ماء دائم إما من هر لم يجر العادة بانقطاعه أولاً ينقطع إلا مدة لا يؤثر في الزرع أو من عين نابعة أو بركة من مياه الامطار يجتمع فيها ثم يمتلئ به أو من بئر يقوم بكفائتها أو ما يشرب بعروقه لنداء الارض وقرب الماء الذي تحت الارض فهذا كله دائم ، وروى استبحارها للفرس والزرع بغير خلاف علمناه ، وكذلك الارض التي تشرب من مياه الامطار وينتفي بالاعتدال منه لأن ذلك بحكم العادة ولا ينقطع الا نادراً فهو كسائر الصور المذكورة (الثاني) أن لا يكون لها ماء دائم وهي نوعان (أحدهما) ما يشرب من زيادة معتادة تأتي في وقت الحاجة كأرض مصر الشاربة من زيادة النيل وما يشرب من زيادة الفرات وأشباكه ، وأرض البصرة الشاربة من المد والجزر وأرض دمشق الشاربة من زيادة بردأ وما يشرب من الاودية الجارية من ماء المطر فهذه تصح إيجارها قبل وجود الماء الذي تسقى به وبعده وحكى ابن الصباغ ذلك مذهبا للشافعي وقال أصحابه إن أكرها بعد الزيادة صح ولا يصح قبلها لأنها معدومة لا نعلم هل يقدر عليها أو لا

عليه مقدراً بزمان فجاز مقدراً بالعمل كالخياطة وقومهم انه يتعذر ممنوع فإن الثياب لا تنفك عن راغب فيها ولذلك صححت المضاربة ولا تكون الا بالبيع والشراء بخلاف ما قالوا عليه فانه يتعذر ، وإن استأجره على شراء ثياب معينة من رجل معين احتمل أن لا يصح لأنه قد يتعذر لامتناع صاحبه من البيع فيتعذر تحصيل العمل بحكم الظاهر بخلاف البيع فيحتمل أن يصح لأنه ممكن في الجملة فإن حصل من ذلك شيء استحق الاجر وإلا بطلت الاجارة كالأمر لم يعين البائع ولا المشتري

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (الضرب الثاني عقد على منفعة في الذمة مضبوطة بصفات السلم كخياطة ثوب وبناء دار وحمل الى موضع معين ولا يكون الاجير فيها إلا آدمياً جائز التصرف ، ويسمى الاجير المشترك) يجوز للآدمي أن يؤجر نفسه بغير خلاف وقد أجز موسى عليه السلام نفسه لرعاية الغنم ، واستأجر النبي صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رضي الله عنه رجلاً ليدلهما على الطريق ولأنه يجوز الاتفاق به مع بقاء عينه أشبه الدور ، ثم إن اجارته تقع على مدة بعينه كاجارة موسى عليه السلام نفسه للرعي ، وتقع على عمل موصوف في الذمة كالسلم ، ومتى كان على عمل موصوف في الذمة لم يكن الاجير فيها إلا آدمياً جائز التصرف لأن الذمة لا تكون لغير الآدمي ولا تثبت المعاوضة لعمل في الذمة لغير جائز التصرف ، ولا بد أن يكون العمل الذي يتعلق بالذمة مضبوطاً بصفات السلم ليحصل العلم به

ولذا أن هذا معتاد الظاهر وجوده فجازت إجارة الأرض الشاربه به كالشاربه من مياه الأمطار ولأن ظن القدرة على التسليم في وقته يكفي في صحة العقد كالمسلم في الفاكهة إلى أوانها (النوع الثاني) أن يكون مجيئ الماء نادراً أو غير ظاهر كالأرض التي لا يكفيها إلا المطر الشديد الكثير الذي يندر وجوده أو يكون شربها من فيض واد مجيئه نادر أو من زيادة نادرة في نهر أو عين غالبية فهذه إن أجرها بعد وجود ماء يسقيها به صح أيضاً لأنه أمكن الانتفاع بها وزرعها فجازت إيجارها كذات الماء الدائم ، وإن أجرها قبله للفرس أو الزرع لم يصح لأنه يتعذر الزرع غالباً و يتعذر المعقود عليه في الظاهر فلم تصح إيجارها كالأبق والمغصرب ، وإن أكرها على أنها لا ماء لها جاز لأنه يمكن من الانتفاع بها بالنزول فيها ووضع رحله وجمع الحطب فيها ، وله أن يزرعها رجاء الماء ، ولما حصل له ماء قبل زرعها فله زرعها لأن ذلك من منافعتها الممكن استيفاؤها وليس له أن يبني ولا يفرس لأن ذلك يراد لتأييد وتقدير الإجارة بمدة تقتضي تفرقها عند انقضائها ، فإن قيل فلو استأجرها للفراس والبناء صح مع تقدير المدة ، قلنا التصريح بالبناء والفراس صرف التقدير عن مقتضاه بظاهره في التفرغ عند انقضاء المدة إلا أن يشترط قلم ذلك عند انقضاء المدة فيصرف الفراس والبناء عما يراد له بظاهره بخلاف مسئلتنا ، وإن أطلق إجارة هذه الأرض مع العلم بمائها وعدم مائها صح لانهماد خلا في العقد على أنها لا ماء لها فأشبهه بالوشرطه ، وإن لم يعلم عدم مائها أو ظن المسكتري أنه يمكن تحصيل

ويسمى الاجير فيها الاجير المشترك مثل الخياط الذي يتقبل الخياطة لجماعة وكذلك القصار ومن في معناه فتكون منفعة مشتركة بينهم

(مسألة ٤) (ولا يجوز الجمع بين تقدير المدة والعمل كقوله استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب في يوم ، وعنه يجوز)

لا يجوز الجمع بين تقدير المدة والعمل كقوله استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب في يوم أو تبني هذه الدار في شهر وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأن الجمع بينهما يزيد الإجارة غرراً لا حاجة إليه لأنه قد يفرغ من العمل قبل انقضاء المدة فإن استعمل في بقية المدة فقد زاد على ما وقع عليه العقد وإن لم يعمل كان تاركاً للعمل في بعض المدة ، فهذا غرر قد أمكن التحرز منه ولم يوجد مثله في محل الوفاق فلم يجوز العقد معه ، وروي عن أحمد فيمن أكرى دابة إلى موضع على أن يدخله في ثلاث فدخله في ست قال قد أضربه فقبل يرجع عليه بالقيمة ؟ قال لا ويصالحه ، وهذا يدل على جواز تقديرهما جميعاً وهو قول أبي يوسف ومحمد لأن الإجارة معقودة على العمل فالمدة إنما ذكرت للتعجيل فلا تمنع ذلك ، فعلى هذا إذا تم العمل قبل انقضاء المدة لم يلزمه العمل في بقيتها لأنه وفي ما عليه قبل مدته فلم يلزمه شيء آخر كما لو قضى الدين قبل أجله ، وإن مضت المدة قبل العمل فلا مستأجر فسخ الإجارة لأن الاجير لم يف له بشرطه ، فإن رضي بالبقاء عليه لم يملك الاجير الفسخ لأن الإخلال بالشرط منه فلا يكون ذلك وسيلة

ماء لها بوجه من الوجوه لم يصبح العقد ولأنه ربما دخل في العقد بناء على أن المالك لها يحصل لها ماء وأنه يكتريها للزراعة مع تعذرها ، وقيل لا يصبح العقد مع الإطلاق وإن علم بمالها لأن الإطلاق كرا. الارض يقتضي الزراعة والاولى صحته لأن العلم بالحال يقوم مقام الاشتراط كالعلم بالعيب يقوم مقام شرطه ، ومتى كان لها ماء غير دائم أو الظاهر انقطاعه قبل الزرع أو لا يكفي الزرع فهي كالتالي لأماء لها ومذهب الشافعي في هذا كله كما ذكرنا

(فصل) وإن اكترى أرضا فارقة بالماء لا يمكن زرعها قبل انحساره عنها وقد ينحسر ولا ينحسر فالعقد باطل لأن الانتفاع بها في الحال غير ممكن ولا يزول المانع غالبا ، وإن كان ينحسر عنها وقت الحاجة إلى الزراعة لأرض مصر في وقت مد النيل صح العقد لأن المقصود متحقق بحكم العادة المستمرة وإن كانت الزراعة فيها ممكنة ويخاف غرقها والعادة غرقها لم يجز اجارتها لأنها في حكم الفارقة بحكم العادة المستمرة

(فصل) ومتى غرق الزرع أو هلك بحريق أو جراد أو برد أو غيره فلا ضمان على المؤجر ولا خيار المكثري نص عليه أحمد ولا نعلم فيه خلافا وهو مذهب الشافعي لأن التالف غير المقنود عليه وإنما تالف مال المكثري فيه فأشبهه من اشترى دكانا فاحترق متاعه فيه ، ثم إن أمكن المكثري الانتفاع بالأرض بغير الزرع أو بزرع في بقية المدة فله ذلك ، وإن تعذر ذلك فلا جرم لازم له أن تعذره

له إلى النسخ كما لو تعذر المسلم فيه في وقته لم يملك المسلم إليه الفسخ وملكه المسلم ، فإن اختار امضاء العقد طالبه بالعمل لا غير كالمسلم إذا صبر عند تعذر المسلم فيه إلى حين وجوده لم يكن له أكثر من المسلم فيه وإن فسخ العقد قبل العمل سقط الأجر والعمل ، وإن كان بعد عمل بعضه فله أجر المثل لأن العقد قد انفسخ فسقط المسمى ورجع إلى أجر المثل

(مسألة) (ولا تجوز الاجارة على عمل يختص فاعله أن يكون من أهل القرية كالحج والاذان ، وعنه تجوز)

معنى قوله يختص فاعله أن يكون من أهل القرية أنه يكون مسلما ، وقد اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في الاستنجار على عمل يختص فاعله أن يكون مسلما كالإمامة والحج والاذان وتعليم القرآن فروي عنه أنها لا تصح وبه قال عطاء والضحاك بن قيس وأبو حنيفة والزهري ، وكره إسحاق تعليم القرآن بأجر ، قال عبد الله بن شقيق : هذه الرغفان التي يأخذها المسلمون من السحت ، وكره أجر المعلم مع الشرط الحسن وابن سيرين وطائفة من الشعبي والشافعي ، وعن أحمد رواية أخرى أنه يجوز حكمها أبو الخطاب ، ونقل أبو طالب عن أحمد أنه قال : التعليم أحب إلي من أن يتبرك كل هؤلاء السلاطين ، ومن أن يتوكل لرجل من عامة الناس في نعمة ، ومن أن يستدين ويتبرك له لا يقدر على الوفاء ، فيلقى الله بأمانات الناس التعليم أحب إلي ، وهذا يدل على أن منعه منه في موضع منعه للكره لا للتحريم

لغوات وقت الزراعة بسبب غير مضمون على المؤجر لا معنى في العين ، وإن تعذر الزرع ؛ بسبب غرق الارض أو انقطاع مائها فلا مستأجر الخيار لانه لمعنى في العين ، وإن تلف الزرع بذلك فليس على المؤجر ضمانه لانه لم يتلفه مباشرة ولا بسبب ، وإن قل الماء بحيث لا يكفي الزرع فيه الفسخ لانه عيب فان كان ذلك بعد الزرع فله الفسخ أيضا ويبقى الزرع في الارض إلى أن يستحصد وعليه من المسمى بحصته إلى حين الفسخ وأجر المثل لما بقي من المدة لارض لما مثل ذلك الماء . وكذلك ان انقطع الماء بالكلية أو حدث بها عيب من غرق يهلك بعض الزرع أو يسوء حاله به

(فصل) وإذا استأجر أرضا للزراعة مدة فانقضت وفيها زرع لم يبلغ حصاده لم يخل من حالين (أحدهما) أن يكون لتفريط من المستأجر مثل أن يزرع زرعاً لم تجر العادة بكأله قبل انقضاء المدة فحكمه حكم زرع الغاصب بخير المالك بعد المدة من أخذه بالقيمة أو تركه بالاجر لما زاد على المدة لانه أبقى زرعاً في أرض غيره بعدوانه ، وإن اختار المستأجر قطع زرع في الحال وتفريغ الارض فله ذلك لانه يزيل الضرر ويسلم الارض على الوجه الذي اقتضاء العقد ، وذكر القاضي أن على المستأجر نقل الزرع وتفريغ الارض ، وإن اتفقا على تركه بعوض أو غيره جاز وهذا مذهب الشافعي بناء على قوله في الغاصب وقياس مذهبنا ما ذكرناه

(الحال الثاني) أن يكون بقاؤه بغير تفريط مثل أن يزرع زرعاً ينتهي في المدة عادة فأبطل ببرد أو غيره فانه يلزم المؤجر تركه إلى أن ينتهي وله المسمى وأجر المثل لما زاد وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، والوجه الثاني قالوا يلزمه نقله لان المدة ضربت لنقل الزرع فيلزم العمل بموجبه وقد وجد منه تفريط لانه كان يمكنه أن يستظهر في المدة فلم يفعل

ومن أجاز ذلك مالك والشافعي ، ورخص في أجور المعلمين أبو قلابة وأبو ثور وابن المنذر لارسول الله ﷺ زوج رجلاً بما معه من القرآن متفق عليه ، فإذا جاز تعليم القرآن عوضاً في النكاح وقام مقام المهر جاز أخذ الاجرة عليه في الاجارة . وقال رسول الله ﷺ « أحق ما أخذتم عليه أجرأ كتاب الله » حديث صحيح ، وفي حديث أبي سعيد أن رجلاً رقى رجلاً بفاتحة الكتاب على جعل فبرأ وأخذ أصحابه الجمل فأتوا به النبي ﷺ فأخبروه وسألوه فقال « لعمرى لمن أكل برقية باطل لقد أكلت برقية حق ، كلوا واضربوا لي معكم بسهم » حديث صحيح . وإذا جاز أخذ الجمل جاز أخذ الاجر لانه في معناه ، ولانه يجوز أخذ الرزق عليه من بيت المال فجاز أخذ الاجر عليه كبناء المساجد ولان الحاجة تدعو الى الاستئانة في الحج فمن وجب عليه وعجز عن فعله ولا يكاد يوجد متبرع بذلك فيحتاج إلى بذل الاجر فيه

وروجه الرواية الارلى ما روى عثمان بن أبي العاص قال إن آخر ما عهد إلي رسول الله ﷺ أن آخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجرأ . قال الترمذي هذا حديث حسن . وروى عبادة بن الصامت قال

ولنا أنه حصل الزرع في أرض غيره باذنه من غير تفريط فلزم تركه كما لو أعاره أرضاً فزرعها ثم رجع المالك قبل كمال الزرع، وقولهم إنه مفروط غير صحيح لأن هذه المدة التي جرت العادة بكامل الزرع فيها وفي زيادة المدة نفويت زيادة الاجر بغير فائدة و تضميم زيادة متيقنة لتحصيل شيء . تنوهم على خلاف العادة هو التفريط فلم يكن تركه تفريطاً، ومتى أراد المستأجر زرع شيء، لا بدرك مثله في الاجارة فلما ملك منعه لأنه سبب لوجود زرعه في أرضه بغير حق فملك منعه منه فإن زرع لم يملك مطالبته ببقائه قبل المدة لأنه في أرض يملك نفعها ولأنه لا يملك ذلك بعد المدة فقبلها أولى ، ومن أوجب عليه قطعه بعد المدة قال إذا لم يكن بد من المطالبة بالنقل فليكن عند المدة التي يستحق تسليمها إلى المؤجر فارغة

(فصل) وإذا أكرت الأرض لزراعة مدة لا يكل فيها مثل أن يكتري خمسة أشهر لزراعة لا يكل إلا في سنة نظرنا فإن شرطاً تفريطها عند اقتضاء المدة ونقله عنها صح لأنه لا يفضي إلى الزيادة على مدته وقد يكون له غرض في ذلك لاخذة إيراد نصيلاً أو غيره ويلزمه ما التزم ، وإن أطلق انعقد ولم يشترط شيئاً استعمل أن يصح لأن الانتماع بالزرع في هذه المدة ممكن ، واحتمل أنه إن أمكن أن ينتفع بالأرض في زرع ضرره كضرر الزرع المشروط أو دونه مثل أن يزرعها شعيراً أو غيره قصيلاً صح انعقد لأن الانتماع بها في بعض ما اقتضاء العقد ممكن ، وإن لم يكن كذلك لم يصح لأنه أكرت

علمت أناساً من أهل الصفة القرآن والكتابة فأهدى إلي رجل منهم قوساً قال قلت قوس وليست بمال قال قلت أتقدمها في سبيل الله وذكركم ذلك لرسول الله ﷺ وقص عليه القصة قال : إن سرك أن يقلدك الله قوساً من نار فأقبلها ، وعن أبي بن كعب أنه علم رجلاً سورة من القرآن فأهدى له خميصة أو ثوباً فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال « لو أنك لبستها أو أخذتها ألبسك الله مكنها ثوباً من نار » وعن أبي قال: كنت أختلف إلى رجل مسن قد أصابته علة قد احتبس في بيته أقرئه القرآن فكان عند فراغه مما أقرئه يقول لجارية له هلمي طعام أخي فيؤتي بطعام لا آكل مثله بالمدينة فخاك في نفسي منه شيء . فذكرته للنبي ﷺ فقال « إن كان ذاك الطعام طعامه وطعام أهله فكل منه ، وإن كان يتحنك به فلا تأكله » وعن عبد الرحمن بن شبل الانصاري قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول « اقرأوا القرآن ولا تغلوا فيه ولا تجفوا عنه ولا تأكلوا به ولا تستكثروا به » روى هذه الأحاديث كلها الأثرم في سننه، ولأن من شرط صحة هذه الأفعال كونها قربة إلى الله تعالى فلم يجوز أخذ الاجر عليها كما لو استأجر قوماً يصلون خلفه الجمعة أو آخر أويح . فاما الأخذ على الرقية فإن أحمد اختار جوازه وقال لأبس ، وذكر حديث أبي سعيد، والفرق بينه وبين ما اختلف فيه أن الرقية نوع مداراة والمأخوذ عليها جعل والمداواة يباح أخذ الاجر عليها والجمالة أوسم من الاجارة ولهذا تجوز مع جهالة العمل والمدة وقوله عليه السلام « أحق ما أخذتم عليه أجرأ كتاب الله » يعني الجعل أيضاً في الرقية لأنه ذكر ذلك في سياق خبر

لزرع مالا ينتفع بالزرع فيه أشبه إجارة السبخة له، فإن قلنا يصح فإن انقضت المدة ففيه وجهان (أحدهما) حكمه حكم زرع المستأجر لما لا يكمل في مدته لأنه ههنا مفروط، واحتمل أن يلزم المسكري تركه بالاجر لأن التفريط منه حيث أكره مدة زرع لا يكمل فيها، وإن شرط تبقية حتى يكمل فالعقد فاسد لأنه جمع بين متضادين فإن تقدير المدة يقتضي النقل فيها وشرط التبقية يخالفه ولأن مدة التبقية مجهولة فإن زرع لم يطالب بنقله كالتى تقدمت

(فصل) إذا أجره لفراش سنة صح لأنه يمكنه تسليم منفعتها المباحة المنصودة فأشبهت سائر المنافع وسواء شرط قلع الفراس عند انقضاء المدة أو أطلق وله أن يفرص قبل انقضاء المدة فإذا انقضت لم يكن له أن يفرص لزوال عقده، فإذا انقضت السنة وكان قد شرط القلع عند انقضائها لزمه ذلك وفاء بموجب شرطه، وليس على صاحب الأرض غرامة نقعه ولا على المسكري تسوية الحفر وإصلاح الأرض لأنهما دخلا على هذا الرضاها بالقلع واشتراطها عليه، وإن اتفقا على إبقائه بأجر أو غيره جاز إذا شرطاً مدة معلومة، وكذلك لو أكرى الأرض سنة بعد سنة كلما انقضى عقد جدد آخر جاز، وإن أطلق العقد فلمسكري القلم لأن الفراس ملكه فله أخذه كطعامه من الدار التي باعها، وإذا قلع فعليه تسوية الحفر لأنه نقض دخل على ملك غيره بغير إذنه، وهكذا إن قلعه قبل انقضاء المدة ههنا وفي التي قبلها لأن القلم قبل الوقت لم يأذن فيه المالك ولأنه تصرف في الأرض تصرفاً نقضها لم

الرقية، وأما جعل تعليم القرآن صداقاً فعنه فيه اختلاف، وليس في الخبر تصريح بأن التعليم صداق إنما قال «زوجتكما بما معك من القرآن» فيحتمل أنه زوجها إياه بغير صداق أكراما له كما زوج أبا طلحة أم سليم على إسلامه ونقل عنه جوازه، والفرق بين المهر والاجر أن المهر ليس بعوض محض وإنما واجب نحلة ووصلة ولهذا جاز خلو العقد عن تسميته وصح مع فساده بخلاف الاجر في غيره

(فصل) فأما الرزق من بيت المال فيجوز على ما يتعدى نفعه من هذه الأمور لأن بيت المال من مصالح المسلمين فإذا كان بذله لمن يتعدى نفعه إلى المسلمين محتاجاً إليه كان من المصالح وكان له أخذه لأنه من أهله وجري مجرى الوقف على من يقوم بهذه المصالح بخلاف الاجر

(فصل) فإن أعطى المعلم شيئاً من غير شرط جاز في ظاهر كلام أحمد فإنه قال في رواية أبوب ابن سافري لا يطلب ولا يشارط فإن أعطى شيئاً أخذه، وقال في رواية أحمد بن سعيد أكره أجر المعلم إذا شرط، وقال إذا كان المعلم لا يشارط ولا يطلب من أحد شيئاً إن أتاه شيء قبله كأنه يراه أهون، وكرهه طائفة من أهل العلم لما تقدم من حديث الثومس والخبيصة التي أعطيا أبي عبيدة من غير شرط، ولأن ذلك قرينة فلم يجز أخذ العوض عنه بشرط ولا بغيره كالصيام ووجه الأول قول النبي ﷺ «ما أناك من هذا المال من غير مسئلة ولا إشراف نفس فخذته وتموله فإنه رزق ساقه الله اليك» وقد أرخص رسول الله ﷺ في أكل طعام الذي كان يعلمه إذا كان طعامه وطعام أهله ولأنه إذا

يقتضيه عقد الاجارة ، وان أبى القلع لم يجبر عليه إلا أن يضمن له المالك نقص غرسه فيجبر حينئذ وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك عليه القلع من غير ضمان النقص لأن تقدير المدة في اجارة يقتضي التفريق عند انقضائها كما لو استأجرها للزرع

ولنا قول النبي ﷺ ليس امرق ظالم حق ، مفهومه ان ما ليس بظالم له حق وهذا ليس بظالم ولأنه غرس باذن المالك ولم بشرط. قلعه فلم يجبر على القلع من غير ضمان النقص كما لو استعار منه أرضاً للغرس مدة فرجع قبل انقضائها وبخلاف الزرع فإنه لا يقتضي التأيد ، فان قيل فان كان اطلاق العقد في الغراس يقتضي التأيد فشرط القلع ينافي مقتضى العقد فينبغي أن يفسده ، قلنا انما اقتضى التأيد من حيث ان العادة في الغراس التبقية فاذا أطاعه حمل على العادة واذا شرط خلافه جاز كما اذا باع بغير نقد البلد أو شرط في الاجارة شرطاً بخلاف العادة . اذا ثبت هذا فان رب الأرض يجبر بين ثلاثة أشياء (أحدها) أن يدفع قيمة الغراس والبناء فيملكه مع أرضه (الثاني) أن يعلق الغراس والبناء ويضمن ارض نفسه (الثالث) أن يقر الغراس والبناء . يأخذ منه أجر المثل وهذا قال الشافعي ، وقال مالك يجبر بين دفع قيمته فيملكه وبين مطالبة القلع من غير ضمان وبين تركه فيكونان تسريكين وليس بصحيح لان الغراس ملك لغارسه لم يدفع اليه عنه عوض ولا رضي بزوال ملكه عنه فلا يزول عنه كسائر الغرس ، وإن انقما على بيع الغراس والبناء للمالك جاز وإن باعها صاحبها لغير مالك الأرض جاز ومشتريهما يقوم

كان بغير شرط كان هبة مجردة فجاز كما لو لم يعلمه شيئاً ، فأما حديث القوس والخبيصة فتقضيان في عين فيحتمل أن النبي ﷺ علم أنهما فعلاً ذلك خالصاً فكره أخذ العوض عنه من غير الله تعالى ، ويحتمل غير ذلك ، فأما ان أعطي المعلم أجرأ على تعليم الخط وحفظه جاز نص عليه أحمد فقال : ان كان المعلم ينوي أنه يعطيه لحفظ الصبي وتعليمه فأرجو إذا كان كذا ولان هذا مما يجوز أخذ الاجر عليه مفرداً فجز مع غيره كسائر ما يجوز الاستئجار عليه وهكذا لو كان امام المسجد قياً يكسبه ويسرج فتاديله ويعلق بابه ويفتحه فأخذ أجرأ على خدمته ، أو كان النائب في الحج يخدم المستنيب له في طريق الحج وليشد له ويحج عن قريبه فدفع اليه أجرأ لخدمته جاز ذلك ان شاء الله تعالى

(فصل) فأما ما لا يختص فاعله أن يكون من أهل القرية كتعليم الخط والحساب والشعر وشبهه وبناء المساجد والقناطر فيجوز أخذ الاجرة عليه لانه يقع تارة قرية وتارة غير قرية فلم يمنع من الاستئجار لفعله كغرس الاشجار وبناء البيوت وكذلك في تعليم الفقه والحديث ذكره شيخنا ، وذكر القاضي في الخلاف أنهما من القسم الاول ، والاولى ما ذكره شيخنا لكون فاعله لا يختص أن يكون من أهل القرية ، وأما ما لا يتعدى نفعه فاعله من العبادات المحضة كالصيام وصلاة الانسان لنفسه وحججه عن نفسه ، وأداء زكاة نفسه فلا يجوز أخذ الاجرة عليه بغير خلاف لان الاجر عوض للانتفاع ولم يحصل لغيره ههنا انتفاع فأشبه إجارة الاعيان التي لا نفع فيها

فيهما مقام البائس ، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين ليس له بيعهما لغير مالك الأرض لأن ملكه ضعيف بدليل أن لصاحب الأرض تملكه عليه بالقيمة من غير اذنه

ولنا أنه مملوك له يجوز بيعه لذلك الأرض فجاز لغيره كشفص مشفوع وبهذا يبطل ماذكروه فإن لشفيص تملك الشقص وشراؤه ويجوز بيعه لغيره ، فأما أن شرط في العقد بقية الغراس فذكر القاضي أنه صحيح وحكمه حكم مالو أطلق العقد سواء وهو قول أصحاب الشافعي ويحتمل أن يبطل العقد لأنه شرط ماينافي مقتضى العقد فلم يصح كما لو شرط ذلك في الزرع الذي لا يكمل قبل انقضاء المدة ، ولأن الشرط باطل بدليل أنه لا يجب الوفاء به وهو مؤثر فأبطله كشرط بقية الزرع بعد مدة الاجارة

(مسئلة) قال (ويجوز أن يستأجر الاجير بطعامه وكسوته)

اختلفت الرواية عن أحمد فيمن استأجر أجيراً بطعامه وكسوته أو جعل له أجراً وشرط طعامه وكسوته فروي عنه جواز ذلك وهو مذهب مالك وإسحاق وروى عن أبي بكر وعمر وأبي موسى رضي الله عنهم أنهم استأجروا الاجراء بطعامهم وكسوتهم ، وروى عنه أن ذلك جائز في الغائر دون غيرها اختارها القاضي وهذا مذهب أبي حنيفة لأن ذلك مجهول وإنما جاز في الغائر لقول الله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) فأوجب لمن النفقة والكسوة على الرضاع ولم يفرق بين المطلقة وغيرها بل في الآية قرينة تدل على طلاقها لأن الزوجة تجب نفقتها وكسوتها بالزوجية وإن لم ترضع لأن

(مسئلة) (وان استأجر من بحجمه صح ، ويكره لغيره أكل أجرته ويطعمه الرقيق والبهائم ، وقال القاضي لا يصح)

يجوز أن يستأجر حجماً ليحجمه وأجره مباح اختاره أبو الخطاب وهو قول ابن عباس قال أنا آكله وبه قال عكرمة والقياس ومحمد بن علي بن الحسين وربيعة وبجي الانصاري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال القاضي لا يجوز وذكر أن أحمد نص عليه قال وان أعطى شيئاً من غيره عند ولا شرط. فله أخذه وبصرفه في علف دابته وطعم عبيده ومؤنة ضنائه ولا يحمل أكله وعن كره كسب الحجام عمار وأبو هريرة والحسن والنخعي لأن النبي ﷺ قال « كسب الحجام خبيث » متفق عليه وقال أطعمه ناضحك ورقيقك

ولنا ما روى ابن عباس قال : احتجم النبي ﷺ وأعطى الحجام أجره ولو علمه حراماً لم يعطه متفق عليه ، وفي لفظ ولو علمه خبيثاً لم يعطه ولأنها منفعة مباحة لا يختص فاعلمها أن يكون من أهل القرية فجاز الاستئجار عليها كالختان ولأن بالناس حاجة اليها ولا يجد كل أحد متبرعاً بها فجاز الاستئجار عليها كالرضاع ولأن قول النبي ﷺ في كسب الحجام « أطعمه رقيقك » دليل على إباحته اذ غير جائز أن يطعم رقيقه ما يحرم أكله فان الرقيق آدمي يحرم عليه أكل ما حرم على الحر وتخصيص ذلك بما

الله تعالى قال (وعلى الوارث مثل ذلك) والوارث ليس بزوج ، ولان المنفعة في الحضانة والرضاع غير معلومة فجاز أن يكون عوضها كذلك ، وروي عنه رواية ثالثة لا يجوز ذلك بحال لافي الظن ولا في غيرها ، وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وابن المنذر لان ذلك يختلف باختلاف كثير أمثابنا فيكون مجهولا والاجر من شرطه أن يكون معلوما

ولنا ما روى ابن ماجه عن عتبة بن المنذر قال : كنا عند رسول الله ﷺ فقرأ (طس) حتى بلغ قصة موسى قال : ان موسى أجر نفسه ثمانى حجج أو عشرأ على عفة فرجه وطعام بطنه « وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يثبت نسخه

وعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال كنت أجيراً لابنة غزو ان بطعام بطني وعقبة رجلي أحطب لهم اذا نزلوا وأحدوا بهم اذا ركبوا ، ولان من ذكرنا من الصحابة وغيرهم فعلوه فلم يظهر له تكبير فكان اجماعاً ، ولانه قد ثبت في الظن بالآية فيثبت في غيرها بالقياس عليها ، ولانه عوض منفعة فقام العرف فيه مقام التسمية كنفقة الزوجة ولان الكسوة عرفاً وهي كسوة الزوجات والاطعام عرف وهو الاطعام في الكفارات فجاز اطلاقه كنقد البلد ونخص أبا حنيفة بأن ما كان عوضاً في الرضاع جاز في الخدمة كالانان . اذا ثبت هذا فانهما إن تشاحا في مقدار الطعام والكسوة رجع في القوت إلى الاطعام في الكفارة وفي الكسوة إلى أقل ملبوس مثله ، قال أحمد اذا تشاحا في الطعام يحكم له بمعدل

أعطيه من غير استئجار تحكم لادليل عليه ، فعلى هذا تسمية كسبه خبيثا لا يلزم منه التحريم فقد سمى النبي ﷺ الثوم والبصل خبيثين مع إباحتهما وانما كره النبي ﷺ ذلك لحر تنزيها له لدناءة صناعته وليس عن أحمد نص في تحريم كسب الحجام ولا استئجاره عليها وانما قال نحن نعطيه كما أعطى النبي ﷺ ونقول له كما قال النبي ﷺ لما سئل عن أكله نهاء ، وقال « أعلفه الناضح والريق » هذا معنى كلامه في جميع الروايات وليس هذا صريحاً في تجريمه بل فيه دليل على إباحته كما في قول النبي ﷺ على ما بينا ، فان إعطائه للحجام دليل إباحته اذ لا يعطيه ما يحرم عليه وهو عليه السلام يعلم الناس وينهاهم عن المحرمات فكيف يعطيهم إياها؟ فعلى هذا يكون نهيه عليه السلام عن أكله نهى كراهة لا نهى تحريم وكذلك قول الامام أحمد فانه لم يخرج عن قول النبي ﷺ وفعله بل قصد اتباعه ، وكذلك سائر من كرهه من الائمة يتعين حمل قولهم على الكراهة فلا يكون في المسئلة قائل بالتحريم . اذا ثبت هذا فانه يكره لحر أكل أجره الحجام ويكره تعلم صناعة الحجامة وإجارة نفسه لها لما ذكرنا من الاخبار ولان فيها دناءة فكره الدخول فيها كالسكر ، وفيما ذكرناه إن شا . الله جمع بين الاخبار وتوفيق بين الادلة الدالة عليها فعلى هذا يطعمه الرقيق والبهائم كما جاء في الاخبار الصحيحة والله أعلم

(فصل) فأما استئجار الحجام لغير الحجامة كالقص وخلق الشعر وتقصيره والختان وقطع شيء من الجسد « حاجة اليه فجاز لان قول النبي ﷺ « كسب الحجام خبيث » يريد بالحجامة كما نهى عن مهر البغي

يوم ذهب به إلى ظاهر ما أمر الله تعالى من اطعام المساكين ففسرت ذلك السنة بأنه مد لكل مسكين ولأن الاطعام مطلق في الموضعين فما فسر به أحدهما يفسر به الآخر، وليس له اطعام الاجير إلا ما يوافق من الاغذية لأن عليه ضرراً ولا يمكنه استيفاء الواجب له منه

(فصل) وإن شرط الاجير كسوة ونفقة معلومة موصوفة كما يوصف في السلم جاز ذلك عند الجميع وإن لم يشترط طعاماً ولا كسوة فنفته وكسوته على نفسه وكذلك الغائر قال ابن المنذر لا أعلم عن أحد خلافاً فيما ذكرت، وإن شرط الأجير طعام غيره وكسوته موصوفاً جاز لأنه معلوم أشبهه ما لو شرط دراهم معلومة ويكون ذلك للاجير إن شاء أطعمه وإن شاء تركه، وإن لم يكن موصوفاً لم يجوز لأن ذلك مجهول احتمال فيما إذا شرطه للاجير للحاجة اليه وجرت العادة به فلا يلزم احتمالها مع عدم ذلك، ولو استأجر دابة بعلفها أو بأجر مسمى وعلفها لم يجوز لأنه مجهول ولا عرف له يرجع اليه ولا نعلم أحداً قال بجوازه إلا أن يشترطه موصوفاً فيجوز

(فصل) وإن استغنى الاجير عن طعام المؤجر بطعام نفسه أو غيره أو عجز عن الأكل لمرض أو غيره لم تسقط نفقته وكان له المطالبة بها لأنها عوض فلا تسقط بالتفني عنه كالدرهم، وإن احتاج لدواء لمرضه لم يلزم المستأجر ذلك لأنه لم يشترط له الاطعام إلا صحيحاً لكن يلزمه له بقدر طعام الصحيح يشتري له الاجير ما يصلح لأن مازاد على طعام الصحيح لم يعم المقدر عليه فلا يلزم به كالأند في القدر

أي في البقاء، ولذلك لو كسب في بضاعة أخرى لم يكن خيبتنا بغير خلاف وهذا النهي يخاف القياس فيختص بالمحل الذي ورد فيه ولأن هذه الأمور تدعو الحاجة إليها، ولا تحريم فيها فجازت الاجارة فيها كسائر المنافع المباحة

(فصل) ويجوز أن يستأجر كعالا ليكمل عينه لأنه عمل جائز ويمكن تسليمه ويقدر على ذلك بالمدة لأن العمل غير مضبوط ويحتاج الى بيان عدد ما يكمله في كل يوم مرة أو مرتين فإن قدرها بالبرء قال القاضي لا يجوز لأنه غير معلوم، وقال ابن أبي موسى لا بأس بمشارطة الطبيب على البرء، لأن أبا سعيد حين رقى الرجل شارطه على البرء، قال شيخنا والصحيح إن شاء الله جواز ذلك لسكي يكون جمالة لا إجارة فإن الاجارة لا بد فيها من مدة معلومة أو عمل معلوم والجمالة تجوز على عمل مجهول كرد القطة والآبق وحديث أبي سعيد في الرقية إنما كان جمالة فيجوز ههنا مثله. إذا ثبت هذا فإن الكحل إن كان من العلل جاز لأن آلات العمل تكون من المستأجر كالبن في البناء والطين والآجر ونحوها وإن شرطه على الكحل جاز، وقال القاضي يحتمل أن لا يجوز لأن الاعيان لذلك بعقد الاجارة فلا يصح اشتراطه على العامل كالمحاط

ولنا إن العادة جارية به ويشق على العامل تحصيله وقد يعجز عنه بالكلية فجاز ذلك كالصبغ من الصباغ والحبر والاقلام من الوراق وما ذكره ينتقض بهذين الاصلين، وفارق لبن الحائط لأن العادة تحصيل

(فصل) اذا دفع اليه طعامه فأحب الاجير أن يستفضل بعضه لنفسه نظرت فان كان المؤجر دفع اليه أكثر من الواجب ليأكل قدر حاجته وبفضل الباقي أو كان في تركه لأكله كله ضرر على المؤجر بان يضعف عن العمل أو يقل ابن الظئر منم منه لانه في الصورة الاولى لم يملكه اياه وانما أباحه أكل قدر حاجته ، وفي الثانية على المؤجر ضرر بتفويت بعض ماله من منفعة فنع منه كالجمال اذا امتنع من علف الجمال ، وإن دفع اليه قدر الواجب من غير زيادة أو دفع اليه أكثر وملكه اياه ولم يكن في تفضيله لبعضه ضرر بالمؤجر جاز لانه حق لا ضرر على المؤجر فيه فأشبهه الدرهم

(فصل) وإن قدم اليه طعاما فتهب أو تلف قبل أكله نظرت فان كان على مائدة لا يخصه فيها بعطامه فهو من ضمان المستأجر لانه لم يسلمه اليه فكان تاله من ماله ، وإن خصه بذلك وسلمه اليه فهو من ضمان الاجير لانه تسليم عوض على وجه التملك أشبه البيع

(فصل) اذا دفع إلى رجل ثوبا وقال بهه بكذا فما ازددت فهو لك صح نص عليه أحمد في رواية أحمد بن سعيد وروي ذلك عن ابن عباس وبه قال ابن سيرين واسحاق وكرهه النخعي ومحمد وأبو حنيفة والثوري والشافعي وابن المنذر لانه أجر مجهول يحتل الوجود والعدم ولنا ما روي عطاء عن ابن عباس أنه كان لا يرى بأسا أن يعطي الرجل الرجل الثوب أو غير ذلك فيقول بهه بكذا وكذا فما ازددت فهو لك ولا يعرف له في عصره مخالف ولانها عين تنمي بالعمل

المستأجر إياه ولا يشق ذلك بخلاف مسئلتنا ، وقال أصحاب مالك يجوز أن يستأجر من يئني له جداراً والآجر من عنده لانه اشترى ما يتم به الصنعة التي عقد عليها فاذا كان معروفاً جاز كما لو استأجره ليصبغ له ثوبا والصبغ من عنده

ولنا ان عقد الاجارة عقد على المنفعة فاذا شرط بيع العين صار بيعتين في بيعه ويفارق الصبغ من حيث ان الحاجة داعية اليه ، لان تحصيل الصبغ يشق على صاحب الثوب وقد يكون الصبغ لا يحصل الا في خنب يحتاج الى مؤنة كثيرة لا يحتاج اليها في صبغ هذا الثوب فجاز لميسر الحاجة اليه بخلاف مسئلتنا

(فصل) فان استأجره مدة فكحله فيها فلم تبرأ عينه استحق الاجر وبه قال الجماعة ، وحكي عن مالك انه لا يستحق أجراً حتى تبرأ عينه ولم يحك ذلك أصحابه وهو فاسد لان المستأجر قد وفي العمل الذي وقم العقد عليه فوجب له الاجر وان لم يحصل الغرض كما لو استأجره لبناء حائط يوماً أو لحياطة قميص فلم يتمه فيه فان برأت عينه في أثناء المدة انفسخت الاجارة فيما بقي من المدة لتعذر العمل فهو كما لو حجز عنه أمر غالب وكذلك لو مات فان امتنع عن الاكتحال مع بقاء المرض استحق الكحال الاجر بمضي المدة كما لو استأجره يوماً لبناء فلم يستعمله فيه ، فأما ان شرطه على البرء فهي جمالة لا يستحق شيئاً حتى يوجد البرء سواء وجد قريباً أو بعيداً فان بريء بغير كحله أو تعذر الكحل

فيها أشبه دفع مال المضاربة . إذا ثبت هذا فإن باعه بزيادة فهي له لأنه جعلها أجرة ، وإن باعه بالقدر المسمى من غير زيادة فلا شيء له لأنه جعل له الزيادة ولا زيادة هنا فهو كالمضارب إذا لم يربح ، وإن باعه بنقص عنه لم يصح البيع لأنه وكل مخالف ، وإن تعذر رده ضمن النقص وقد قال أحمد يضمن النقصان مطلقاً وهذا قد مضى مثله في الوكالة ، وإن باعه نسيئة لم يصح البيع لأن إطلاق البيع يقتضي النقد لما في النسيئة من ضرر التأخير والخطر بالمال ليحصل له نفع الربح ، ويفارق المضارب على رواية حيث يجوز له البيع نساء لأنه يحصل لرب المال نفع بما يحصل من الربح في مقابلة ضرره بالنسيئة وهنا لا فائدة لرب المال في الربح بحال ، ولأن مقصود المضاربة تحصيل الربح وهو في النسيئة أكثر وهنا ليس مقصود رب المال الربح ولا حظ له فيه فلا فائدة له فيه ، وقال أحمد في رواية الأثرم ليس له شيء يعني إذا زاد على العشرة لأن الإطلاق إنما اقتضى بيعها حالاً ، فإذا باعها نسيئة فلم يمثل الأمر فلم يستحق شيئاً

(فصل) قال أحمد رحمه الله في رواية مهنا لا بأس أن يحصص الزرع وبصرم النخل بسدس ما يخرج منه وهو أحب إلي من المقاطعة إنما جاز مهنا لأنه إذا شاهده فقد علمه بالرؤية وهي أعلى طرق العلم ومن علم شيئاً علم جزاء المشاع فيكون أجره معلوماً ، واختاره أحمد على المقاطعة مع أنها جائزة لأنه ربما لم يخرج من الزرع مثل الذي قاطعه عليه وهنا يكون أقل منه ضرورة

لموته أو غير ذلك من المرائع التي من جهة المستأجر فله أجر مثله كما لو عمل العامل في الجعالة ثم فسخ العقد فإن امتنع لأم من جهة الكحال أو غير المستأجر فلا شيء له وإن فسخ الجاعل الجعالة بعد عمل الكحال فعليه أجر عمله وإن فسخ الكحال فلا شيء له على ما يذكر في باب الجعالة إن شاء الله تعالى (فصل) ويصح أن يستأجر طبيباً لمداواته والكلام فيه كالسكلام في الكحال سواء لأنه لا يجوز اشتراط الدواء على الطبيب لأنه إنما جاز في الكحال على خلاف الأصل للحاجة إليه وجري العادة به ولم يوجد ذلك المنع هنا فيثبت الحكم فيه على وفق الأصل

(فصل) ويجوز أن يستأجر من يقلع ضرره لأنها منعمة مباحة مقصودة فجاز ذلك عليها كالحقن فإن أخطأ فقلع غير ما أمر بقلعه ضمنه لأنه من جنائته وإن برأ الضرر قبل قلعه انفسخت الإجارة لأن قلعه لا يجوز وإن لم يبرأ لكن امتنع المستأجر من قلعه لم يجبر عليه لأن أنلاف جزء الأذى محرم في الأصل وإنما أبيع إذا صار يقاؤه ضرراً وذلك مفوض إلى كل إنسان في نفسه إذا كان أهلاً لذلك فصاحب الضرر أعلم بمضرته ونفعه وقدر ألمه

(فصل) قال رضي الله عنه (والمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه وبمئنه فإذا اكترى داراً لا سكنى فيه أن يسكنها مثله لأنه لم يزد على استيفاء حقه ولأنه حقه فجاز أن يستوفيه بنفسه وبوكيله إذا كان مثله في الضرر أو دونه كقبض المبيع واستيفاء الدين ويضم فيه ما جرت عادة الساكن به من الرحل

(مسئلة) قال (وكذلك الطائر)

يعني انه يجوز استئجارها بطعامها وكسوتها وقد ذكرنا ذلك والخلاف فيه، وأجمع أهل العلم على جواز استئجار الطائر وهي المرضعة وهو في كتاب الله تعالى في قوله سبحانه وتعالى (فان أرضعن لكم فأتوهن أجورهن) واسترضع النبي ﷺ ولده إبراهيم، ولان الحاجة تدعو اليه فوق دعائها إلى غيره فان الطفل في العادة إنما يعيش بالرضاع وقد يتعذر رضاعه من أمه فجاز ذلك كالاجارة في سائر المنافع ثم ننظر فان استأجرها للرضاع دون الحضانة أو للحضانة دون الرضاع أو لهما جاز، وان أطلق العقد على الرضاع فهل تدخل فيه الحضانة فيه وجهان (أحدهما) لا تدخل وهو قول أبي ثور وابن المنذر لان العقد ما تناولا (والثاني) تدخل وهو قول أصحاب الرأي لان العرف جار بأن المرضعة تحضن الصبي فحمل الاطلاق على ما جرى به العرف والعادة ولاصحاب الشافعي وجهان كاذبين (والحضانة) تربية الصبي وحفظه وجعله في سريره وربطه ودهنه وكحله وتنظيفه وغسل خرقه وأشبه ذلك واشتقاقه من الحضن وهو ماتحت الابط وما يليه وسميت التربية حضانة تجوزاً من حضانة الطير لبيضة وفراخه لانه يجعلها تحت جناحيه فسميت تربية الصبي بذلك أخذاً من فعل الطائر (فصل) ويشترط لهذا العقد أربعة شروط (أحدها) أن تكون مدة الرضاع معلومة لانه لا يمكن

والطعام ويخزن فيه الثياب وغيرها مما لا يضر بها ولا يسكنها من يضر بها كالفصاريين والحدادين ولا يجعل فيها الدواب لانها تروث فيها وتفسدها، ولا يجعل فيها السرجين ولا رحي ولا ما يضر بها ولا شيئاً ثقيلاً فوق سقف لانه ينقله وقد يكسر خشبه فان شرط ذلك جاز وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً ولا يملك فعل ما يضر بها لانه فرق المعتقد عليه فلم يكن له فعله كما لو اشترى شيئاً لم يملك أخذ أكثر منه فان جعل الدار مخزناً للطعام فقال أصحابنا يجوز ذلك لانه يجوز أن يجعلها مخزناً لغيره ويحتمل أن لا يجوز لانه يفضي إلى تخريق الفار أرضها وحيطانها وذلك ضرر لا يرضى به صاحب الدار

(فصل) وان اكترى ظهراً ابركبه فله أن يركبه مثله ومع هو أخف منه ولا يركبه من هو أثقل منه لان العقد اقتضى استيفاء منفعة مقدرة بذلك الراكب فكان له أن يستوفي ذلك بنفسه وفائده وله استيفاء أقل منه لانه بعض حقه وليس له استيفاء أكثر منه لانه أكثر مما عقد عليه ولا يشترط التساوي في الطول والقصر ولا المعرفة بالركوب، وقال القاضي يشترط أن يكون مثله في هذه الاوصاف كلها لان قلة المعرفة بالركوب يثقل على الركوب ويضر به قال الشاعر

لم يركبوا الخيل إلا بعد ما كبروا فهم ثقال على أكفالها عنف

(المغني والشرح الكبير) (١٠) (الجزء السادس)

٧٤ بيان المعقود عليه في الاجارة للرضاع هل هو اللبن أو الخدمة (المفني والشرح الكبير)

تقديره إلا بها فإن السقي والعمل فيها يختلف (الثاني) معرفة الصبي بالمشاهدة لأن الرضاع يختلف باختلاف الصبي في كبره وصفه ونهجه وقناعته ، وقال القاضي يعرف بالصفة كالراكب (الثالث) موضع الرضاع لأنه يختلف فيشق عليها في بيته ويسهل عليها في بيتها (الرابع) معرفة العوض وكونه معلوما كما سبق

(فصل) واختلف في المعقود عليه في الرضاع فقيل هو خدمة الصبي وحمله ووضع الثدي في فمه تبع كالمصنع في اجارة الصباغ ، وماء البئر في الدار لأن اللبن عين من الاعيان فلا يمتد عليه في الاجارة كلبن غير الآدمي وقيل هو اللبن ، قال القاضي هو أشبه لأنه المقصود دون الخدمة ، ولهذا لو أرضعته دون أن تخدمه استحققت الاجرة ولو خدمته بدون الرضاع لم تستحق شيئاً ولأن الله تعالى قال (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) فجعل الاجر مرتباً على الارضاع فبدل على أنه المعقود عليه ، ولأن العقد لو كان على الخدمة لما لزمها سقيه لبنها ، وأما كونه عيناً فاما جاز العقد عليه في الاجارة رخصة لأن غيره لا يقوم مقامه والضرورة تدعو الى استيفائه وانما جاز هذا في الآدميين دون سائر الحيوان للضرورة الى حفظ الآدمي والحاجة الى ابقائه

(فصل) وعلى المرضعة أن تأكل وتشرب ما يدر به لبنها ويصلح به والعكس تري مطالبها بذلك لأنه من تمام التمكين من الرضاع وفي تركه اضرار بالصبي ومتى لم ترضعه وانما أسقته لبن الغنم أو أطعمته

ولنا ان التفاوت في هذه الامور مع التساوي في الثقل يسير فعني عنه ولهذا لا يشترط ذكره في الاجارة ولو اعتبر ذلك لاشتطت معرفته في الاجارة كالثقل والخفة

(فصل) فإن شرط أن لا يستوفي المنفعة بمثله ولا بمن دونه فقياس قول أصحابنا صحة العقد وبطلان الشرط فانهم قالوا فيمن شرط أن يزرع في الارض حنطة ولا يزرع غيرها يبطل الشرط ويصح العقد، ويحتمل أن يصح الشرط وهو أحد الوجهين للشافعية لأن المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر فلا يملك ما لم يرض به ولأنه قد يكون له غرض في تخصيصه باستيفاء هذه المنفعة وقالوا في الوجه الآخر يبطل الشرط لأنه ينافي موجب العقد إذ موجب ملك المنفعة والتسليم على استيفائها بنفسه ونائبه واستيفاء بعضها بنفسه وبعضها بنائبه والشرط ينافي ذلك فكان باطلاً ولا يبطل به العقد في أصح الوجهين لأنه لا يؤثر في حق المؤجر نفعاً ولا ضرراً فالقي وبطل العقد على مقتضاء الآخر يبطله لأنه ينافي مقتضاء أشبه ما لو شرط أن لا يستوفي المنافع

(مسألة) (وله استيفاء المنفعة وما دونها في الضرر من جنسها)

قال احمد اذا استأجر دابة ليحمل عليها تمراً فحمل عليها حنطة أرجو أن لا يكون به بأس اذا كان الوزن واحداً وان كانت المنفعة التي يستوفيها أكثر ضرراً أو مخالفة المعقود عليها في الضرر لم يجوز لأنه يستوفي أكثر من حقه أو غير ما يستحقه

فلا أجر لها لانها لم توف المقود عليه فأشبهه بالو اكترهاا لحياطة ثوب فلم تخطه ، وان دفعته الى خادمتها فأرضعته فكذلك ، وبه قال أبو ثور وقال أصحاب الرأي لها أجرها لان رضاعه حصل بفعلها ولنا أنها لم ترضعه فأشبهه بالو سقته لبن الغنم ، وإن اختلفا فقالت أرضعته فأنكر المسترضع قائل قولها لانها مؤتمنة

(فصل) ويجوز للرجل أن يؤجر أمته ومديرة وأم ولده ومن علق عنها بصمة والمأذون لها في التجارة للارضاع لانه عقد على منفعتها أشبه إجارتها للخدمة ، وليس لواحدة منهن إجارة نفسها لان نفعها لسيدها وان كان لها ولد لم تجز إجارتها للارضاع الا أن يكون فيها فضل عن ربه لان الحق لولدها وليس لسيدها إلا ما فضل عنه ، وان كانت مزرعة لم تجز إجارتها لذلك إلا باذنه لانه يفوت حق الزوج لاشتغالها عنه بارضاع الصبي وحضائته ، فان أجرها للرضاع ثم زوجها صح النكاح ولا يفسخ عقد الاجارة ويكون الزوج أن يستمتع بها في حال فراغها من الرضاع والحضانة . وقال مالك ليس لزوجها وطؤها إلا برضى المستأجر لانه ينقض الابن وقد يقطعها ولنا أن وطء الزوج مستحق فلا يسقط لأمر مشكوك فيه ، وليس للسيد اجارة مكاتبته لان منافعها اليها ولذلك لم يملك سيدها تزويجها ولا وطأها ولا إجارتها في غير الرضاع ولما أن تؤجر نفسها لانه من جهات الاكتساب

(مسئلة) (فإذا استأجر أرضا لزرع الحنطة فله زرع الشعير ونحوه وليس له زرع الدخن ونحوه ولا يملك الغرس ولا البناء ولو اكترهاا لاحدهما لم يملك الآخر)

رجلة ذلك ان اجارة الارض صحيحة وقد ذكرناه ولا يصح حتى يرى الارض لان المنفعة تختلف باختلافها ولا تعرف إلا بالرؤية لكونها لا تنضب بالصفة ولا يصح حتى يذكر ما يكتري له من زرع أو غرس أو بناء لان الارض تصاح لذلك كله وتأثيره في الارض يختلف فوجب بيانه فان قال أجرتكها لتزرعها أو تفرسها لم يصح لانه لم يعين أحدهما لانه أشبه ما لو قال بعثك أحد هذين العبدین ، فان قال لتزرعها ما شئت وتفرسها ما شئت صح وهذا منصوص الشافعي وخالفه أكثر أصحابه فقالوا لا يجوز لانه لا يدري كم يزرع ويفرس وقال بعضهم يصح ويزرع نصفها ويفرس نصفها ولنا أن العقد اقتضى إباحة هذين الشئین فصح كما لو قال لتزرعها ما شئت ولان اختلاف الجنسین كاختلاف النوعین ، وقوله لتزرعها ما شئت اذن في نوعین وأنواع وقد صح فكذلك في الجنسین وله أن يفرسها كلها وأن يزرعها كلها كما لو اذن له في أنواع الزرع كله كان له زرعها نوعا واحداً وزرعها جميعها من نوعین وكذلك هنا

(فصل) فان اكراهاا للزرع وحده ففيه أربع مسائل (احدها) ان اكراهاا للزرع مطلقا أو قال لتزرع ما شئت فيصح وله زرع ما شاء وهذا مذهب الشافعي وحكي عن ابن مريج أنه لا يصح

(فصل) ويجوز للرجل استئجار أخته وأخته وابنته لرضاع ولده وكذلك سائر أقاربه وغير خلاف، وإن استأجر امرأته لرضاع ولده منها جاز هذا الصحيح من مذهب أحمد وذكره الحنفي فقال وإن أرادت الأم أن ترضعه بأجر مثلاً فهي أحق به من غيرها سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة وقال القاضي ليس لما ذكرك وتناول كلام الحنفي على أنها في حبال زوج آخر، وهذا قول أصحاب الرأي وحكي عن الشافعي لأنه قد استحق حبسها والاستمتاع بها بعوض فلا يجوز أن يلزمه عوض آخر لذلك ولنا أن كل عقد يصح أن تعقده مع غير الزوج يصح أن تعقده معه كالبيع ولأن منافعها في الرضاع والحضانة غير مستحقة للزوج بدليل أنه لا يملك إجبارها على حضانة ولدها ويجوز لها أن تأخذ عليها العوض من غيره فجاز لها أخذه منه كسكن ماله. وقولهم أنها استحققت عوض الحبس والاستمتاع، قلنا هذا غير الحضانة واستحقاق منفعة من وجه لا يمنع استحقاق منفعة شوأها بعوض آخر كما لو استأجرها أولاً ثم تزوجها، وتناول القاضي كلام الحنفي يخاف الظاهر من وجهين (أحدهما) أن الألف واللام في الزوج للمعهود وهو زوجها أبو الطفل (والثاني) أنها إذا كانت في حبال زوج آخر لا تكون أحق به بل يسقط حقها من الحضانة ثم ليس لها أن ترضع إلا بإذن زوجها ففسد التأويل (فصل) وتنفسخ الاجارة بموت المرضعة لفوات المنفعة بهلاك محلها، وحكي عن أبي بكر أنها لا تنفسخ ويجب في مالها أجر من ترضعه تمام الوقت لأنه كالدين

حتى يبين الزرع لأن ضرره يختلف فلم يصح بدون البيان كما لو لم يذكر ما يكثرى له من زرع أو غرس أو بناء ولنا أنه يجوز استئجارها لا كثر الزرع ضرراً ويباح له جميع الأنواع لأنها دونها فإذا عم أو أطلق تناول الأكثر وكان له ما دونه، ويخاف الاجتناس المختلفة فانه لا يدخل بعضها في بعض، فإن قيل فلو أكرى دابة للركوب لوجب تعيين الراكب قلنا لأن اجارة المركوب لا كثر الركاب ضرراً لا يجوز بخلاف المزروع ولأن الحيوان حرمة في نفسه فلم يجوز إطلاق ذلك فيه بخلاف الأرض، فإن قيل فلو استأجر داراً للسكنى مطلقاً لم يجوز أن يسكنها من يضر بها كالتحصار والحداد فلم قلتم أنه يزرعها ما يضر بها؟ قلنا السكنى لا تقتضي ضرراً فلذلك منع من اسكان من يضر بها لأن العقد لم يقتضيه والزرع يقتضي الضرر فإذا أطلق كان راضياً بأكثره فلم يجاز، وليس له أن يغرس في هذه الأرض ولا يبنى لأن ضرره أكثر من المعقود عليه (المسئلة الثانية) أكرها لزرع حنطة أو نوع بعينه فإن له زرع ما عينه وما ضرره كضرره أو دونه ولا يتعين ما عينه في قول عامة أهل العلم إلا أهل الظاهر قالهم قالوا لا يجوز له زرع غير ما عينه حتى لو وصف الحنطة بأنها سمراء لم يجوز أن يزرع بيضاء لأنه عينه بالعقد فلم يجوز العدول عنه كما لو عين المركوب أو عين الدراهم في الثمن

ولنا أن المعقود عليه منفعة الأرض دون القمح ولهذا يستقر عليه الاجر بمضي المدة إذا تسلم الأرض ولم يزرعها وإنما ذكر القمح لتقدر به المنفعة فلم يتعين كما لو استأجر داراً ليسكنها فله أن

ولنا انه هلك المعقود عليه شبه مالو هلكت البهيمة المستأجرة ، وان مات العطل انقح العقد
لانه يتعذر استيفاء المعقود عليه لانه لا يمكن إقامة غيره مقامه لاختلاف الصييان في الرضاع واختلاف
الابن باختلافهم فانه قد يدر على أحد الولدين دون الآخر وهذا منصوص الشافعي ، وإذا انفسخ العقد
عقبه بطلت الاجارة من أصلها ورجع المستأجر بالاجر كله وان كان في أثناء المدّة جمع محصّات ما بقي

﴿مسئلة﴾ (ويستحب أن تنطى عند الفطام عبداً أو أمة كما جاء في الخبر اذا
كان المسترضع موسراً)

يعني بالخبر ما روى أبو داود بإسناده عن هشام بن عروة عن أبيه عن حجاج بن حجاج الاسلمي
عن أبيه قال قلت يا رسول الله ما يذهب غني مذمة الرضاع؟ قال « الغرة العبد أو الامه » قال الترمذي
هذا حديث حسن صحيح ، قال ابن الجوزي . المذمة بكسر الدال من الدمام وبفتحها من القدم ، قال
ابن عقيل انما خص الرقية بالمجازاة بها دون غيرها لان فعلها في إرضاءه وحضائه سبب حياته وبقائه
وحفظ رقبته فاستحب حمل الجزاء هبتها رقة ليناسب ما بين النعمة والشكر ، ولهذا جعل الله تعالى
المربعة أمّا فقال تعالى (وأما أنكم اللاتي أرضعنكم) وقال النبي ﷺ « لا يجزي ولد والده الا أن
يجده مملوكا فيعتقه » وان كانت المربعة مملوكة استحب إعتاقها لانه يحصل أخص الرقاب بها لها وتحصل

يسكنها غيره ، وفارق المروكب والدراهم في الثمن فانه معقود عليها فتعينا والمعقود عليه ههنا منفعة مقدرة
وقد تعينت أيضا ولم يتعين ما قدرت به كما لا يتعين المسكيل والميران في المسكيل والموزون ، فعلى
هذا يجوز له زرع القمح والشعير والباقلال لانه ثقل ضررا وليس له زرع الدخن والذرة والقطن لانه
اما أن يكون أكثر ضررا فيأخذ فوق حقه أو يكون ضرره مخالفا لضرر القمح فيأخذ ما لم يتناوله
العقد ولا شيئا من جنسه (المسئلة الثالثة) قال ازرعها حنطة وما ضرره كضررها أو دونه فهذه كالتالي
قبلها لا أنه لا يخالف فيها لانه شرط ما اقتضاه الاطلاق وبين ذلك بصريح نصه فزال الاشكال
(المسئلة الرابعة) قال ازرعها حنطة ولا تزرع غيرها فذكر القاضي أن الشرط باطل لمناقبه مقتضى
العقد لانه يقتضي استيفاء المنفعة كيف شاء فلم يصح الشرط كما لو شرط عليه استيفاء المبيع بنفسه والعقد
صحيح لانه لا ضرر فيه ولا غرض لا أحد المتعاقدين لان ما ضرره مثله لا يختلف في غرض المؤجر فلم
يؤثر في العقد فأشبهه شرط استيفاء المبيع أو الثمن بنفسه وقد ذكرنا فيما اذا اشترط مكره في الدار أن
لا يسكنها غيره وجها في صحة الشرط ووجها في فساد العقد فيخرج ههنا مثله

(فصل) فان أكرها الفراس ففيه ما ذكرنا من المسائل إلا أن يزرعها لان ضرر الزرع أقل من ضرر
الفراس وهو من جنسه لان كل واحد منهما يضر بباطن الارض وليس له البناء لان ضرره مخالف لضرره
فانه يضر بظاهر الارض وان أكرهاها للزرع لم يملك الفراس ولا البناء لان ضرر الفرس أكثر

به المجازاة التي جعلها النبي ﷺ مجازاة لوالد من النسب

(مسئلة) قال (ومن اكترى دابة الى موضع تجاوزت فعليه الاجرة المذكورة وأجرة

المثل لما جاوز وان تلفت فعليه أيضا قيمتها)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين [أحدهما] في الاجر الواجب وهو المسمى وأجر المثل الزائد نص عليه أحمد ولا خلاف فيه بين أصحابنا وذكر القاضي ذلك ، وروى الاثرم باسناده عن أبي الزناد انه ذكر عن فقهاء المدينة السبعة وقال ربما اختلفوا في الشيء ، فأخذنا بقول أكثرهم وأفضاهم رأيا فكان الذي وعبت عنهم على هذه الصفة : ان من اكترى دابة الى بلد ثم جاوز ذلك الى بلد سواء فإن الدابة ان سلمت في ذلك كله أدى كراءها وكراء ما بعدها وان تلفت في تعديها ضمنها وأدى كراءها الذي تنكراها به وهذا قول الحكم وابن شبرمة والشافعي

وقال الثوري وأبو حنيفة لأجر عليه لما زاد لان المنافع عندهما لاتضمن في الغصب ، وحكي عن مالك انه إذا تجاوز بها الى مسافة بعيدة يخبر صاحبها بين أجر المثل وبين المطالبة بقيمتها يوم التعدي لانه متعدي بما سلكها حابس لما عن أسواقها فكان اصحابها تضمنها إياه

ولنا أن العين باقية بحالها يمكن أخذها فلم تجب قيمتها كما لو كانت المسافة قريبة وما ذكره تحكم لادليل عليه ولا نظير له فلا يجوز المصير اليه وقد مضى الكلام مع أبي حنيفة في الغصب

وضرر البناء بخلاف ضرره ، وان اكترها لبناء لم يكن له القرم ولا الزرع لان ضررها بخلاف ضرره (فصل) ولا تخلو الارض من قسمين (أحدهما) أن يكون لها ماء دائم اما من نهر لم تجر العادة بانقطاعه أو لا ينقطع الا مدة لا تؤثر في الزرع أو من عين تنبع أو بركة من مياه الامطار يجتمع فيها الماء ثم تسقى به أو من يثر يقوم بكفائتها أو ما يشرب بعروقه لنداوة الارض وقرب الماء الذي تحت الارض فهذا كله دائم ويصح استجاره للقرم والزرع وكذلك الارض التي تشرب من مياه الامطار ويكتفي بالمعتاد منها لان ذلك بحكم العادة لاتقطع الا نادرا فهي كسائر الصور المذكورة (والثاني) أن لا يكون لها ماء دائم وهي نوعان (أحدهما) ما يشرب من زيادة معتادة تأتي وقت الحاجة كارض مصر الشاربة من زيادة النيل وما يشرب من زيادة الفرات وأشباهه وأرض البصرة الشاربة من المد والجزر وأرض دمشق الشاربة من زيادة بردا وما يشرب من الاودية الجارية من ماء المطر فتصح اجارتها قبل وجود الماء الذي تسقى به وبعده وحكى ابن الصباغ ذلك مذهبا للشافعي وقال أصحابه ان اكراها بعد الزيادة صحح ولا تصح قبلها لأنها معدومة لا يعلم هل يقدر عليها أولا

ولنا أن هذا المعتاد الظاهر وجوده فجازت اجارة الارض الشاربة منه كالشاربة من مياه الامطار ولان ظن القدرة على التسليم في وقته يكفي في صحة العقد كالمسلم في النكحة الى أوانها (النوع الثاني) أن يكون مجيء الماء نادرا أو غير ظاهر كالارض التي لا يكفيها الا المطر الشديد الكثير الذي يندر

﴿الفصل الثاني في الضمان﴾

ظاهر كلام الحرق وجوب قيمتها إذا تلفت به سواء تلفت في الزيادة أو بعد ردها إلى المسافة وسواء كان صاحبها مع المكتري أو لم يكن وهذا ظاهر مذهب الفقهاء السبعة إذا تلفت حال التعدي لما حكينا عنهم وقال القاضي أن كان المكتري نزل عنها وسلمها إلى صاحبها ليملكها أو يسقيها فتلفت فلا ضمان على المكتري وإن هلك والمكتري ركب عليها أو حمته عليها فعليه ضمانها، وقال أبو الخطاب إن كانت يد صاحبها عليها احتمل أن يلزم المكتري جميع قيمتها واحتمل أن يلزمه نصف قيمتها، وقال أصحاب الشافعي إن لم يكن صاحبها معها لزم المكتري قيمتها كلها وإن كان معها فتلفت في يد صاحبها لم يضمها المكتري لأنها تلفت في يد صاحبها أشبه ما لو تلفت بعد مدة التعدي وإن تلفت تحت الركب ففيه قولان (أحدهما) يلزمه نصف قيمتها لأنها تلفت بفعل مضمون وغير مضمون أشبه ما لو تلفت بجراحته وجراحة مالكها (والثاني) تقسط القيمة على المساتين فما قابل مسافة الإجارة سقط ووجب الباقي ونحو هذا قول أبي حنيفة فإنه قال من اكترى جملاً لحمل تسعة فحمل عشرة تلفت فعلى المكتري عشر قيمته، وموضع الخلاف في لزوم كمال القيمة إذا كان صاحبها مع ركبها أو تلفت في يد صاحبها، فأما إذا تلفت حال التعدي ولم يكن صاحبها مع ركبها فلا خلاف في ضمانها بكمال قيمتها

وجوده أو يكون شربها من فيض ماء وجوده نادر أو من زيادة نادرة في مهر أو عين غالبية فمـ هذه أن أجراها بعد وجود ما يسقيها به صح لأنه أمكن الانتفاع بها وزرعها فجازت إيجارها كذات الماء الدائم، وإن أجراها قبله لم يصح لأنه يتعذر الزرع غالباً أو يتعذر المقود عابه في الظاهر فلم تصح إيجارها كالأبق والمقصوب، وإن اكترها على أنها لا ماء لها جاز لأنه يتمكن من الانتفاع بها بالنزول فيها ووضع رحله وجمع الحطب فيها وله أن يزرعها رجاء الماء، وإن حصل له ماء قبل زرعها فله زرعها لأن ذلك من منافعها الممكن استيفائها، وليس له أن يبني ولا يفرس لأن ذلك يراد أن لا يد وتقدر الإجارة بمدة يقتضي تفريغها عند انقضائها، فإن قبل فلو استأجرها للغراس والبناء صح مع تقدير المدة قلنا التصريح بالبناء والغراس صرف التقدير عن مقتضاه بظاهرة في التفريغ عند انقضاء المدة إلا أن يشترط قلع ذلك عند انقضاء المدة فيصرف الغراس والبناء عما يراد له بظاهرة بخلاف مسئلتنا، وإن أطلق إجارة هذه الأرض مع العلم بحالها وعدم مائها صح لأنهما دخلا في العقد على أنها لا ماء لها فأشبه ما لو شرطاه، وإن لم يعلم عدم مائها أو ظن المكتري أنه يمكن تحصيل ما لها بوجه من الوجوه لم يصح العقد لأنه ربما دخل في العقد بناء على أن المالك يحصل لها ماء وأنه يكتريها للزراعة مع ثمورها وقبل لا يصح العقد على الإطلاق وإن علم حالها لأن إطلاق كراء الأرض يقتضي الزراعة والأولى صحته لأن العلم بالحال يقوم مقام الاشتراط كالعلم بالعيب يقوم مقام شرطه، ومتى كان لها ماء غير

لأنها تلفت في يد عادية فوجب ضمانها كالمقصوبة وكذلك إذا تلفت تحت الركب أو تحت حمله وصاحبها معها لأن اليد للراكب وصاحب الحمل بدليل أنهما لو تنازعا عادية أحدهما راكبها أو له عليها حمل والآخر آخذ بزمامها لكانت المراكب ولصاحب الحمل ولأن الركاب متعددون زيادة وسكوت صاحبها لا يسقط الضمان كمن جلس إلى إنسان فحرق ثيابه وهو ساكن ولأنها إن تلفت بسبب تعبها فالضمان على المتعدي كمن التقى حجراً في سفينة موقرة فغرقها، فالما إن تلفت في يد صاحبها بعد نزول الركاب عنها فينظر فإن كان تلفها بسبب تعبها بالحمل والسير فهو كالموت تلفت تحت الحمل والراكب وإن تلفت بسبب آخر من اقتراض سبع أو سقوط في هوة ونحو ذلك فلا ضمان فيها لأنها لم تلف في يد عادية ولا بسبب عدوان، وقولهم تلفت بفعل مضمون وغير مضمون أشبه ما لو تلفت بحراحتين يبطل بما إذا قطع السارق ثم قطع آخر يده عدواناً فمات منهما، وفارق ما إذا جرح نفسه وجرحه غيره لأن الفعلين عدوان فقسم الضمان عليهما

(فصل) ولا يسقط الضمان بردها إلى المسافة وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي. وقال

محمد يسقط كالموت تعدي في الوديعة ثم ردها

ولأنها يد ضامنة فلا يزول الضمان عنها إلا باذن جديد ولم يوجد، وما ذكره في الوديعة

لأنه إلا أن يردّها إلى مالكها أو يجدد له إذا

دائم أو انظره انقطاعه قبل الزرع أو لا يكفي الزرع فهي كالثي لا ماء لها ومذهب الشافعي في هذا كله كما ذكرنا

(فصل) وإن اكترى أرضاً غارقة بالماء لا يمكن زرعها قبل انحساره عنها وقد ينحسر ولا ينحسر

فالعقد باطل لأن لا تنفع بها في الحال غير ممكن ولا يزول المانع غالباً، وإن كان ينحسر عنها وقت الحاجة إلى الزراعة كأرض مصر في وقت مد النيل صح لأن المقصود يتحقق بحكم العادة المستمرة، فإن كانت الزراعة فيها ممكنة ويخاف غرقها والعادة غرقها لم تجز اجارتها لأنها في حكم الغارقة بحكم العادة المستمرة

(فصل) ومتى زرع فغرق الزرع أو هلك بحريق أو جراد أو برد أو غيره فلا ضمان على المؤجر

ولا خيار للمكترى نص عليه أحمد ولا نعلم فيه خلافاً وهو مذهب الشافعي، لأن التالف غير المعقود عليه وإنما تلف مال المكترى فيه فأشبهه من اكترى دكاناً فاحترق متاعه فيه ثم إن أمكن المكترى الاتماع بالارض بغير الزرع أو بالزرع في بقية المدة فذلك، وإن تعذر ذلك لزمه الاجر لأن تعذره لفوات وقت الزراعة بسبب غير مضمون على المؤجر لا لمعنى في العين، وإن تعذر الزرع بسبب غرق الأرض وانقطاع مائها فللمستأجر الخيار لأنه لمعنى في العين، وإن تلف الزرع بذلك فليس على المؤجر ضمانه لأنه لم يتلف مباشرة ولا سبب، وإن قل الماء بحيث لا يكفي الزرع فله الفسخ لأنه عيب فإن كان ذلك بعد الزرع فله الفسخ أيضاً ويبقى الزرع في الأرض إلى أن يستحصد وعليه من المسمى بحصته إلى

(مسئلة) قال (و كذلك ان اكرى لحولة شيء فزاد عليه)

وجملة ذلك أن من اكرى لحل شيء فزاد عليه، مثل أن يكثر بها الحل فقيرين فحمل ثلاثاً فحكمه حكم من اكرى الى موضع تجاوزه الى شوا. في وجوب الاجر المسمى وأجر المثل لما زاد ولزوم الضمان إن تلفت هذا قول الشافعي وحكى القاضي أن قول أبي بكر في هذه المسئلة وجوب أجر المثل في الجميع وأخذ من قوله فيمن استأجر أرضاً ليزرعها شعيراً فزرعها حنطة قال عليه أجر المثل للجميع لأنه عدل عن المعقود عليه إلى غيره فأشبهه ما لو استأجر أرضاً فزرع أخرى فجمع القاضي رحمه الله بين مسئلة الخرق ومسئلة أبي بكر وقال ينقل قول كل واحد من احدى المسئلتين الى الاخرى لتساويهما في أن الزيادة لا تتميز فيكون في المسئلتين وجهان، وليس الامر كذلك فان بين المسئلتين فرقاً ظاهراً فان الذي حصل التمديد فيه في الحل متميز عن المعقود عليه وهو القفيز الزائد بخلاف الزرع، ولانه في مسئلة الحل استوفى المنفعة المعقود عليها وزاد وفي الزرع لم يزرع مارقم العقد عليه ولهذا علاه أبو بكر بأنه عدل عن المعقود عليه ولا يصح هذا القول في مسئلة الحل فانه قد حمل المعقود عليه وزاد عليه بل إلحاق هذه المسئلة بما اذا اكرى مسافة وزاد عليها أشد وشبهها بها أشد ولانه في مسئلة الحل متعدد بالزيادة وحدها وفي مسئلة الزرع متعدد بالزرع كله فأشبهه الفاصب، فأما مسئلة الزرع فيما اذا اكرى أرضاً لزرع الشعير فزرع حنطة فقد نص أحمد في

حين الفسخ وأجر المثل لما بقي من المدة لارض لها مثل ذلك الماء، وكذلك ان انقطع الماء بالسكبة أو حدث بها عيب من غرق يهلك به بعض الزرع أو تسوء حالته به

(مسئلة) (وان اكرى دابة للركوب أو الحل لم يملك الآخرة، وان اكرىها لحل الحديد أو القطن لم يملك الآخرة)

اذا اكرى دابة للركوب لم يملك الحل عليها لان الركاب بعين الظاهر بحركته، وان اكرىها ليحمل عليها فليس له ركوبها لان الركاب يقعد في موضع واحد فيشند على الظهر والمناخ يتفرق على جنبها، وان اكرىها ليركبها عربياً لم يجز أن يركب بسرج لأنه يحمل عليه أكثر مما عقد عليه، وإن اكرىها ليركبها بسرج فليس له ركوبها عربياً لان الركوب بغير سرج يحس به الظهر وربما عقرها، وان اكرىها ليركب بسرج لم يجز أن يركب بأثقل منه فان اكرى حماراً بسرج لم يجز أن يركبه بسرج البرذون ان كان أثقل من سرجه، وإن اكرى دابة بسرج فركبها بأثقل منه أو أضر منه لم يجز، وان كان أخف أو أقل ضرراً فلا بأس، وإن اكرى دابة ليحمل عليها حديداً لم يحمل عليها قطناً لانه يتجافى وتهب فيه الريح فيتعب الظهر، وإن اكرىها لحل القطن فليس له حمل الحديد لانه يجتمع في موضع واحد فيثقل عليه والقطن يتفرق ويكثر ضرره ومتى فعل ما ليس له فعله كان ضامناً وعليه أجر المثل وهذا كله مذهب الشافعي وأبي ثور

رواية عبد الله فقال ينظر ما يدخل على الأرض من النقصان ما بين الحنطة والشعير فيعطى رب الأرض فجعل هذه المسئلة كسئلتي الخرقى في إيجاب المسمى وأجر المثل لزانة ووجهه أنه لما عين الشعير لم يتعين ولم يتعلق العقد بعينه كما سبق ذكره ، ولهذا قلنا له زرع مثله وما هو دونه في الضرر فإذا زرع حنطة فقد استوفى حقه وزيادة أشبه ما لو اكتراها إلى موضع فجاوزه ، وقال أبو بكر له أجر المثل وعلاه بأنه عدل عن المعقود عليه فإن الحنطة ليست شعيراً وزيادة وإن قلنا أنه قد استوفى المعقود عليه وزيادة غير أن الزيادة ليست متميزة عن المعقود عليه بخلاف مسئلتى الخرقى ، وقال الشافعي المكتري يخير بين أخذ الكراء وما نقصت الأرض عما ينقصها الشعير وبين أخذ كراء مثلها للجميع لأن هذه المسئلة أخذت شها من أصليين

(أحدهما) إذا ركب دابة فجاز بها المسافة المشروطة لكونه استوفى المعقود عليه وزيادة (والثاني) إذا استأجر أرضاً فزرع غيرها لأنه زرع متعدياً فهذا خير بينهما ، ولأنه وجد سبب يقتضي كل واحد من الحكيم وتعذر الجمع بينهما فكان له أوفرهما وفوض اختياره إلى المستحق كقتل العمد ، ومن نصر أبا بكر قال هذا متعد بالزرع كله فكان عليه أجر المثل كالفاسب ولهذا يملك رب الأرض منعه من زرعه ويملك أخذه بنفقته إذا زرعه ، وبفارق من زاد على حقه زيادة متميزة فانه غير متعد بالجميع إنما تعدى بالزيادة وحدها ولهذا لا يملك المكري منعه من الجميع ، ونظير هاتين المسئلتين من أكثرى غرفة ليجعل

(فصل) وإن أكثرى دابة ليركبها في مسافة معينة معلومة أو يحمل عليها فيها فأراد العدول بها إلى ناحية أخرى مثلها في القدر وهي أضرم منها أو يخالف ضررها بأن تكون إحداها أخوف والآخرى أخشن لم يجوز وإن كانت مثلها في السهولة والحزونة والأمن أو التي يعدل إليها أقل ضرراً فذكر القاضي أنه يجوز وهو قول أصحاب الشافعي لأن المسافة عينت ليستوفي بها المنفعة ويعلم قدرها بها فلم يتعين كنوع المحمول والراكب قال شيخنا ويقوى عندي أنه متى كان المكتري غرض في تلك الجهة المعينة لم يجوز العدول إلى غيرها مثل من يركب جماله إلى مكة ليحج معها فلا يجوز له أن يذهب بها إلى غيرها ، ولو أكرها إلى بغداد لكون أهلها بها أو يبلد العراق فليس له الذهاب إلى مصر ، ولو أكرى جماله جملة إلى بلد لم يجوز التفريق بينها بالسفر ببعضها إلى جهة ويباقيها إلى غيرها وذلك لأنه عين المسافة لغرض في فوائده ضرر فلم يجوز تفويته كما في حق المكتري فإنه لو أراد جملة إلى غير المكان الذي أكثرى إليه لم يجوز وكما لو عين طريقاً سهلاً أو آمناً فأراد سلوك ما يخالفه في ذلك

(فصل) إذا أكثرى قيصاً ليلبسه جاز لأن الانتفاع به ممكن مع بقاء عينه ويجوز بيعه أشبه العقار ولا بد من تقدير المنفعة بالمدة فإن كانت العادة في بلده زرع ثيابهم عند نوم الليل فعليه نزعها لأن الإطلاق يحمل على العادة وله لبسه فيما سوى ذلك ولا يلزمه نزعها إذا نام بها لأنه العرف ويلبس التميمص على ما جرت العادت به لا أن يتزر به لأنه يعتمد عليه في شقته ، وفي الألبس لا يعتمد ويجوز

فيها أقفزة حنطة نترك فيها أكثر منها ، ومن أكثرها ليجعل فيها قنطاراً من القطن فجعل فيها قنطاراً من حديد ففي الأولى له المسمى وأجر الزيادة وفي الثانية يخرج فيها من الخلاف مثل ماقلنا في مسألة الزرع، وحكم المستأجر الذي يزرع أضر مما اكترى له حكم الغاصب لرب الأرض منعه في الابتداء لما يلحقه من الضرر فإن زرع قرب الأرض بخير بين ترك الزرع بالأجر وبين أخذه ودفع النقطة وإن لم يعلم حتى أخذ المستأجر زرعه فله الاجرة لا غير على ما ذكرنا في باب الغصب

(فصل) وان اكترى دابة إلى مسافة فسلك أشق منها فهي مثل مسألة الزرع يخرج فيها وجهان قياس المنصوص عن أحمد أن له الأجر المسمى وزيادة لكون المسافة لا تتعين على قول أصحابنا وقياس قول أبي بكر أن له أجر المثل لأن الزيادة غير متميزة ولأنه متعدد بالجميع بدليل أن لرب الدابة منعه من سلوك تلك الطريق كلها بخلاف من سلك تلك الطريق وجاوز فإنه إنما يمنعه الزيادة لا غير ، وإن أكثرى لحل قطن فحمل بوزنه حديداً أو لحل حديد فحمل قطناً فالصحيح أن عليه أجر المثل ههنا لأن ضرر أحدهما يخالف ضرر الأرض فلم يتحقق كون المحمول مشتملاً على المستحق بهد الاجارة وزيادة عليه بخلاف ما قبلها من المسائل ، وسائر مسائل العدوان في الاجارة يقاس على ما ذكرنا من المسائل ما كان متميزاً أو ما لم يكن متميزاً فتلحق كل مسألة بتغيرتها والله أعلم

(فصل) إذا أكره لحل قفيزين فحملها فوجدتهما ثلاثة فإن كان المكثري تولى الكيل ولم يعلم

الارتداء به لانه أخف من الابس ومن ملك شيئاً ملك ما هو أخف منه وقيل لا يجوز لانه استعمال له بما لا يجري العادة به في القميص أشبه الارتداء به والله أعلم

(مسألة) (وإن فعل ما ليس له فعلة فعليه أجر المثل) لانه استوفى منفعة غير التي عقد عليها لا يجوز له استيفاؤها فلزمه أجر المثل كالغاصب

(مسألة) (وإن أكثرها لحولة شيء فزاده أو إلى موضع فجاوزه فعليه الاجرة المذكورة وأجرة المثل الزائد ، وقال أبو بكر عليه أجرة المثل للجميع)

وجهة ذلك أن من أكثرى دابة لحولة شيء فزاد عليه كمن أكثرى لحل قفيزين فحمل ثلاثة أو إلى موضع فجاوزه مثل أن يكثرها من دمشق إلى القدس فيركبها إلى مصر ونجب عليه الأجر المسمى وأجر المثل لما زاد وضمانها إن تلفت وهذا مذهب الشافعي ونص عليه أحمد فيما إذا استأجرها إلى موضع فجاوزه وإلى ذهب ابن شبرمة والحكم ، والظاهر من قول الفقهاء السبعة ، وقال الثوري وأبو حنيفة لا أجر عليه لما زاد لأن منافع الغصب غير مضمونة عندهما ، وحكي عن مالك أنه إذا تجاوز بها إلى مسافة بعيدة خير صاحبها بين أجر المثل وبين المطالبة بقيمتها يوم التعدي لانه متعدد بما سكا فكان لصاحبها تضمينها إياه

ولنا أن العين باقية بمالها يمكن أخذها فلم تنجب قيمتها كالمالك كانت المسافة قريبة وما ذكره فحكم

المكري بذلك فحكاه حكم من اكترى لحولة شي. فزاد عليه وإن كان المكري تولى كيله وتعييته ولم يعلم المكترى فهو غاصب لأجر له في حل الزائد، وإن تلفت دابته فلا ضمان لها لأنها تلفت بعدوان صاحبها وحكه في ضمان الطعام حكم من غصب طعام غيره، وإن تولى ذلك أجني ولم يعلم المكري والمكترى فهو متعبد عليهما يلزمه لصاحب الدابة الاجر ويتعلق به الضمان ويلزمه لصاحب الطعام ضمان طعامه وسواء كاله أحدهما ووضعه الآخر على ظهر الدابة أو كان الذي كاله وعباه وضعه على ظهرها، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين إذا كاله المكترى. وضعه المكري على ظهر البهيمة لا ضمان على المكترى لأن المكري مفرط في حمله

ولنا أن التدليس ليس من المكترى إذ أخبره بكيلها على خلاف ما هو به فلزمه الضمان كما لو أمر أجنيا بتحميلها، فأما إن كاله المكترى ورفعها المكري على الدابة عالما بكيلها لم يضمن المكترى دابته إذا تلفت، لأنه فعل ذلك من غير تدليس ولا تقرير، وهل له أجر القفيز الزائد؟ يحتمل وجهين (أحدهما) لا أجر له لأن المكترى لم يجعل له على ذلك أجرا (والثاني) له أجر الزائد لأنهما اتفقا على حمله على سبيل الاجارة فجرى مجرى المعاطاة في البيع ودخول الحمام من غير تقدير أجره، وإن كاله المكري وحله المكترى على الدابة عالما بذلك من غير أن يأمره بحمله عليها فعليه أجر القفيز الزائد، وإن أمره بحمله عليها ففي وجوب الاجر وجهان كما لو حمله المكري عليها لأنه إذا أمر به كان ذلك كفعله، وإن

لادليل عليه ولا نظير له فلا يجوز المصير اليه وسيأتي الكلام مع أبي حنيفة في باب الغصب إن شاء الله وحكى القاضي أن قول أبي بكر فيما إذا اكترى لحولة شي. فزاد عليه وجوب أجر المثل للجميع أخذاً من قوله فيمن استأجر أرضاً ليزرعها شعيراً فزرعها حنطة ان عليه أجر المثل للجميع لأنه عدل عن المعقود عليه إلى غيره فأشبهه ما لو استأجر أرضاً فزرع أخرى فجمع القاضي بين مسألة الحرق ومسألة أبي بكر وقال ينقل قول كل واحد من إحدى المسئلتين إلى الأخرى لتساويهما في أن الزيادة لا تتميز فيكون في المسئلتين وجهان، وليس الأمر كذلك فإن بين المسئلتين فرقاً ظاهراً فإن الذي حصل التعدي فيه في الحل متميز عن المعقود عليه وهو القفيز الزائد بخلاف الزرع، ولأنه في مسألة الحل استوفى المنفعة المعقود عليها وزاد وفي الزرع لم يزرع ما وقع العقد عليه ولهذا علاه أبو بكر بأنه عدل عن المعقود عليه ولا يصح هذا القول في مسألة الحل فإنه قد حمل المعقود عليه وزاد عليه بل الحاق هذه المسئلة بما إذا اكترى إلى مسافة فزاد عليها أشد وشبهها بها أشد لأنه في مسألة الحل متعبد بالزيادة وحدها وفي مسألة الزرع متعبد بالزرع كله فأشبهه الغاصب

(فصل) فأما مسألة الزرع فيما إذا اكترى لزرع الشعير فزرع حنطة فقد نص أحمد في رواية عبد الله قال: ينظر ما يدخل على الأرض من النقصان ما بين الحنطة والشعير فيعطى رب الأرض فجعل هذه المسئلة كسئلتى الحرق في إيجاب المسمى وأجر المثل الزائد ووجهه أنه لما عين الشعير لم يتعين

كأله أحدهما وحمله أجنبي بأمره فهو كما لو حملته الذي كاله ، وإن كان بأمر الآخر فهو كما لو حملته الآخر وإن حملته بغير أمرها فهو كما لو كاله ثم حملته

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يجوز أن يكثرى مدة غزاته)

هذا قول أكثر أهل العلم منهم الاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وقال مالك قد عرف وجه ذلك وأرجو أن يكون حقيقا . ولنا أن هذه إجارة في مدة مجهولة وعمل مجهول فلم يحز كما لو أكرها لمدة سفره في تجارته . ولأن مدة الفزاة تطول وتقصر ولا حد لها تعرف به والعمل فيها يقل ويكثر ونهاية سفرهم تقرب وتبعد فلم يحز التقدير بها كغيرها من الاسفار المجهولة فإن فعل ذلك فله أجر المثل لأنه عقد على عوض لم يسلم له لفساد العقد فوجب أجر المثل كسائر الاجارات الفاسدة

﴿مسئلة﴾ قال (فإن سمي لكل يوم شيئا معلوما جائز)

وحملته ان من اكثرى فرسا مدة غزوه كل يوم بدرهم فالتصوص عن أحمد صحته ، وقال الشافعي هذا فاسد لان مدة الاجارة مجهولة

ولنا أن عليا رضي الله عنه أجر نفسه كل دلو بتمرة وكذلك الانصاري ولم ينكره النبي ﷺ ولأن كل يوم معلوم مدته وأجرته فصحح كما لو قال أجرتكها شهرا كل يوم بدرهم أو قال استأجرتك

ولم يتعلق العقد بعينه كما سبق ذكره ولهذا قلنا له زرع مثله وما هو دونه في الضرر فإذا زرع حنطة فقد استوفى حقه وزيادة أشبه ما لو أكرها إلى موضع فجاوزه ، وقد ذكرنا قول أبي بكر أن له أجر المثل لأنه عدل عن المعقود فإن الحنطة ليست بشعير وزيادة ، وإن قلنا إنه قد استوفى المعقود عليه وزيادة غير أن الزيادة ليست متميزة عن المعقود عليه بخلاف مسئلتنا الخرق ، وقال الشافعي المكري مخير بين أخذ السكراء وما نقصت الأرض عما ينقصها الشعير وبين أخذ كراء مثلها للجميع لأن هذه المسئلة أخذت شبرا من أصلين (أحدهما) إذا ركب دابة فجاوز بها المسافة المشترطة لكونه استوفى المعقود عليه وزيادة (والثاني) إذا استأجر أرضا فزرع غيرها لأنه زرع متعديا فهذا خيره بينهما ولأنه وجد سبب يقتضي كل واحد من الحسنيين وتعذر الجمع بينهما فكان له أوفرهما وفوض اختياره إلى المستحق كقفل العمد ، والاولى إن شاء الله قول أبي بكر فإن هذا متعد بالزرع كله فكان عليه أجر المثل كالغاصب ولهذا ملك رب الأرض منعه من زرعه ويملك أخذه بنفقته إذا زرعه ، ويفارق من زاد على حقه زيادة متميزة في كونه لم يتعد بالجميع إنما تعدى بالزيادة فقط ولهذا لا يملك المكري منعه من الجميع ، ونظير هاتين المسئلتين من أكثرى غرفة ليجمع فيها أفقزة حنطة فجعل أكثر منها ومن أكرها ليجمع فيها قنطار قطن فجعل فيها قنطار حديد في الاولى له المسمى وأجر الزيادة ، وفي الثانية يخرج فيها من الخلاف كقولنا في مسئلة الزرع وحكم المستأجر الذي يزرع أضرم ما أكثرى له

لنقل هذه الصبرة كل قفيز بدرهم ، ولابد من تعيين ما يستأجر له إما أر كوب أو حل معلوم ، ويستحق الاجر المسمى لكل يوم سواء كانت مقيمة أو سائرة لأن المنافع ذهبت في مدته فأشبهه بالو اكترى داراً فأغلقها ولم يسكنها ، وإن أجر نفسه اسقي نخل كل دلو بتمرة أو بفلس أو أجر معلوم جاز للآخر الوارد فيه ولأن كل عمل معلوم له عوض معلوم فجاز كما لو سعى دلاً ، معروفة ، ولابد من معرفة الدلو والبئر وما يستسقى به لأن العمل يختلف به

(فصل) ونقل أبو الحارث عن أحمد في رجل استأجر دابة في عشرة أيام بعشرة دراهم فإن حبسها أكثر من ذلك فله بكل يوم درهم فهو جائز ، ونقل ابن منصور عنه فيمن اكترى دابة من مكة إلى جدة بكذا فإن ذهب إلى عرفات بكذا فلا بأس ، ونقل عبد الله عنه لو قال أكرىتك بعشرة فما حبسها فاعليه كل يوم عشرة ، وهذه الروايات تدل على أن مذهبه أنه متى قدر لكل عمل معلوم أجراً معلوماً صح . ويتأول القاضي هذا كله على أنه يصح في الاول ويفسد في الثاني لأن مدته غير معلومة فلم يصح العقد فيه كما لو قال استأجرتك لتحمل لي هذه الصبرة وهي عشرة أفقزة بدرهم وما زاد في حساب ذلك ، والظاهر خلاف هذا فإن قوله : فهو جائز عاد إلى جميع ما ذكر قبله ، وكذلك قوله لا بأس ولأن لكل عمل عوضاً معلوماً فصح كما لو استسقى له كل دلو بتمرة وقد ثبت الاصل بالخبر الوارد فيه ، ومسئلة الصبرة لانه فيها عن الامام وقياس نصوصه صحة الاجارة وان سلم فسادها فلأن القفران التي شرط

حكم القاصب لرب الارض منعه في الابتداء لما يلحقه من الضرر فإن زرع قرب الارض مخير بين ترك الزرع بالاجر وبين اخذه ودفع النفقة ، وإن لم يعلم حتى أخذ المستأجر زرعه فله الاجر على ما نذكر في القصب

(فصل) وإن اكترى دابة إلى مسافة فسلك أشق منها فهي كمسئلة الزرع يخرج فيها وجهان وقياس مخصوص أحمد أن له الاجر المسمى وزيادة لكون المسافة لا تتعين على قول أصحابنا وقياس قول أبي بكر أن له أجر المثل لأن الزيادة غير متميزة ولأنه متعدد بالجميع بدليل أن لرب الدابة منعه من سلوك تلك الطريق كلها بخلاف من سلك تلك الطريق وجاوزها فإنه إنما يمنع الزيادة لا غير ، وإن اكترى لحمل قطن فحمل بوزنه مديداً أو بالعكس فعليه أجر المثل لأن ضرر أحدهما مخالف لضرر الآخر فلم يتحقق كون المحمول مشتملاً على المستحق بهقد الاجارة وزيادة عليه بخلاف ما قبلها من المسائل ومسائل العدوان يقاس على ما ذكرنا من المسائل ما كان متميزاً وما لم يكن متميزاً فتلحق كل مسألة بنظيرتها

(فصل) وإن اكترى لحمل قفيزين فحملهما فوجدتهما ثلاثة فإن كان المكترى تولى الكيل ولم يعلم المكري بذلك فهو كمن اكترى لحملة شيء فزاد عليه وإن كان المكري تولى كيله وتعيينه ولم يعلم المكترى فهو غاصب لا أجر له في حمل الزائد وإن تلفت دابته فلا ضمان لها لأنها تلفت بعدوان صاحبها

حملها غير معلومة بتعيين ولا صفة وهي مختلفة فلم يصح العقد لجهالتها بخلاف الايام فانها معلومة (فصل) وان قال ان خطت هذا الثوب اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم فمن أحدهما روايتان [أحدهما] لا يصح وله أجر المثل نقلها أبو الحارث عن أحمد وهذا مذهب مالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبي ثور لانه عقد واحد اختلف فيه العوض بالتقديم والتأخير فلم يصح كما لو قال بعثك^١ بدرهم أو بدرهمين نسيئة [والثانية] يصح وهو قول الحارث العكلي وأبي يوسف ومحمد لانه سمي اكمل عمل عوضاً معلوماً فصح كما لو قال كل دلو بتمرة

وقال أبو حنيفة ان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غداً لايزاد على درهم ولا ينقص عن نصف درهم لان المؤجر قد جعل له نصف درهم فلا ينقص منه وهو قد رضي في أكثر العملين بدرهم فلا يزداد عنه وهذا لا يصح لانه ان صح العقد فله المسمى وان فسد فوجوده كالعدم ويجب أجر المثل كاثار العقود الفاسدة (فصل) وان قال خطته روميا فلك درهم ، وان خطته فارسيا فلك نصف درهم وفيها وجهان

بناء على التي قبلها والخلاف فيها كاتي قبلها لان أبا حنيفة وافق صاحبيه في الصحة ههنا ولنا أنه عتد معاوضة لم يتعين فيه العوض ولا المعوض فلم يصح كما لو قال بعثك هذا بدرهم أو هذا بدرهمين، وفارق هذا كل دلو بتمرة من وجهين (أحدهما) أن العمل الثاني ينضم الى العمل الاول ولكل واحد منها عرض مقدر فاشبه ما لو قال بعثك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم وههنا الخياطة

وحكمه في ضمان الطعام حكم من غصب طعام غيره، وان تولى ذلك أجنبي ولم يعلم فهو متعدي عليه عليه لصاحب الدابة الاجر ويتعلق به ضمانها وعليه لصاحب الطعام ضمان طعامه وسواء كاله أحدهما ووضعه الآخر على ظهر الدابة أو كان الذي كاله وعباه ووضعه على ظهرها ، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين اذا كاله المكترى ووضعه المكري على ظهر البهيمة لاضمان على المكترى لان المكري مفرط في حمله ولنا ان التدليس من المكترى اذ أخبره بكيلها بخلاف ما هو به فلزمه الضمان كما لو أمر أجنبيا بتحميلها ، فأما ان كاله المكترى ووضعه المكري على الدابة عالما بكيلها لم يضمن المكترى الدابة إذا تلفت لانه فعل ذلك من غير تدليس ولا تقرير وله أجر القفيز الزائد في أحد الوجهين لأنهما اتفقا على حمله على سبيل الاجارة فجرى مجرى المعاوضة في البيع ودخول الحمام من غير تقدير أجر (والثاني) لا أجر له لان المكترى لم يحمل له على ذلك أجراً، وإن كاله المكري وحمله المكترى على الدابة عالما بذلك من غير أن يأمره بحمله فعليه أجر القفيز الزائد وان أمره بحمله ففي وجوب الاجر وجهان كما لو حمله لمكري عليها لانه اذا أمر به كان كفعله، وإن كاله أحدهما وحمله أجنبي فهو كما لو حمله الذي كاله وإن كان بأمر الآخر فهو كما لو حمله الآخر وإن حمله بغير أمرهما فهو كما لو كاله ثم حمله

(مسألة) (وإن تلفت ضمنها إلا ان تكون في يد صاحبها فيضمن نصف قيمتها في أحد الوجهين)

إذا تلفت الدابة التي تعدى فيها إما بزيادة على الحل أو زيادة على المسافة ضمنها بقيمتها سواء

واحدة شرط فيها عوضا ان وجدت على صفة وعوضا آخر ان وجدت على اخرى فاشبهه مالو باعه بعشرة صحاح أو احدى عشرة مكسرة (والثاني) انه وقف الاجارة على شرط بقوله ان خطته كذا فلك كذا وان خطته كذا فلك كذا بخلاف قوله كل دلو بتمرة

(فصل) ونقل منها عن أحمد فيمن استأجر من جمال الى مصر باربعين دينارا فان نزل دمشق فكراؤه ثلاثون فان نزل الرقة فكراؤه عشرون فقال اذا اكرى الى الرقة بعشرين و اكرى الى دمشق بعشرة واكرى الى مصر بعشرة جاز ولم يكن للجمال أن يرجع ، فظاهر هذا أنه لم يحكم بصحة العقد الاول لانه في معنى بيعتين في بيعة لكونه خيره بين ثلاثة عقود ، وبخرج فيه أن يصح بناء على المسائلين قبل هذا ونقل البرزاطي عن أحمد في رجل استأجر رجلا يحمل له كتابا الى الكوفة وقال ان وصلت الكتاب يوم كذا وكذا فلك عشرون وأن تأخرت بعد ذلك بيوم فلك عشرة فالاجارة فاسدة وله أجر مثله وهذا مثل الذي قبله . ونقل عبد الله فيمن اكرى دابة وقال ان رددتها غداً فكراؤها عشرة وان رددتها اليوم فكراؤها خمسة فلا بأس وهذه الرواية تدل على صحة الاجارة والظاهر عن أحمد في رواية الجماعة فيما ذكر نافساد العقد وهو قياس بيعتين في بيعة والله أعلم

تلفت في الزيادة أو بعد ردها الى المسافة وسواء كان صاحبها مع المكتري أو لم يكن هذا ظاهر كلام الحنفي والفقهاء السبعة إذا تلفت حال التعدي ، وقال القاضي ان كان المكتري نزل عنها وسلمها إلى صاحبها ليسكها أو يسقيها فتلفت فلا ضمان على المكتري . وان هلكت والمكتري راكب عليها أو حملة عليها ضمنها ، وقال أبو الخطاب ان كانت يد صاحبها عليها احتمل أن يلزم المكتري جميع قيمتها واحتمل أن يلزمه النصف ، وقال أصحاب الشافعي ان لم يكن صاحبها معها لزم المكتري جميع القيمة وان كان معها فتلفت في يد صاحبها لم يضمنها المكتري لأنها تلفت في يد صاحبها أشبه ما لو تلفت بعد مدة التعدي ، وإن تلفت تحت الراكب ففيه قولان (أحدهما) يلزمه نصف القيمة لأنها تلفت بفعل مضمون أشبه ما لو تلفت بجراحته وجراحة مالكها (والثاني) تقسط القيمة على المسافين فما قابل مسافة الاجارة سقط ووجب الباقي ونحو هذا قول أبي حنيفة فانه قال فيمن اكرى جملا لحل تسعة فحمل عشرة فتلف فعلى المكتري عشر قيمته ، قال شيخنا وموضع الخلاف في لزوم كمال القيمة إذا كان صاحبها مع راكبها أو تلفت في يد صاحبها ، فاما ان تلفت حال التعدي ولم يكن صاحبها مع راكبها فلا خلاف في ضمانها بكامل قيمتها لأنها تلفت في يد عادية فوجب ضمانها فلتغصب ، وكذلك إذا تلفت تحت الراكب أو تحت حمل صاحبها معها لان اليد للراكب وصاحب الحل بدليل ما لو تنازعا دابة أحدهما راكبها أو له عليها حمل والاخر أخذ بزمامها كانت لصاحب الحل والراكب ولان الراكب متعد

﴿ فصل في مسائل الصبرة وفيها نشر مسائل ﴾

(أحدها) قال استأجرتك لتحمل لي هذه الصبرة إلى مصر بعشرة فالأجارة صحيحة بغير خلاف فعلمه لأن الصبرة معلومة بالمشاهدة التي يجوز بيعها بها فجاز الاستئجار عليها كما لو علم كذا (الثانية) قال استأجرتك لتحملها لي كل قفيز بدرم فيصح أيضا وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يصح في قفيز ويبطل فيما زاد ومبنى الخلاف على الخلاف في بيعها وقد ذكرناه (الثالثة) قال لتحملها لي قفيزا بدرم وما زاد فبحساب ذلك فيجوز كما لو قال كل قفيز بدرم وكذلك كل لفظ يدل على إرادة حمل جميعها كقوله لتحمل منها قفيزا بدرم وسائرهما أو باقيةا بحساب ذلك أو قال وما زاد بحساب ذلك يريد به باقيةا كله إذا فهم ذلك من اللفظ لدلالته عندهما عليه أو لقرينة صرفت إليه (الرابعة) قال لتحمل منها قفيزا بدرم وما زاد فبحساب ذلك يريد مباحات من باقيةا فلا يصح ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لأن المعتقد عليه بعضها هو مجهول، ويحتمل أن يصح لأنه في معنى كل دلو بتمرة (الخامسة) قال لتتقل لي منها كل قفيز بدرم فهي كالرابعة سواء (السادسة) قال لتحمل منها قفيزا بدرم على أن تحمل الباقي بحساب ذلك فلا يصح لأنه في معنى بيعتين في بيعة ويحتمل أن يصح لأن معناه لتحمل لي كل قفيز بدرم (السابعة) قال لتحمل لي هذه الصبرة كل قفيز بدرم وتنقل لي صبرة أخرى في البيت بحساب ذلك فإن كانا يعلمان الصبرة التي في البيت بالمشاهدة صح فيهما لأنهما كالصبرة الواحدة وإن جهلها

بالزيادة وسكوت صاحبها لا يسقط الضمان كن خرق ثياب إنسان وهو ساكت ولأنها إن تلفت بسبب تعيبها فالضمان على المتعدي كن القى حجرا في سفينة موقرة ففرقها، فأما إن تلفت في يد صاحبها بعد نزول الراكب عنها وكان تلفها بسبب تعيبها بالحمل والسير فهو كتلفها تحت الحمل والراكب، وإن كان بسبب آخر من أفراس سبع أو سقط في هرة فلا ضمان فيها لأنها لم تناف في يد عادية ولا بسبب عدوان، وقولهم تلفت بفعل مضمون وغير مضمون أشبه ما لو تلفت بجراحين يبطل بما إذا قطع السارق ثم قطع آخر يده عدوانا فمات منهما، وفارق ما لو جرح نفسه وجرحه غيره لأن الفعلين عدوان فقسم الضمان عليهما

(فصل) ولا يسقط الضمان بردها إلى المسافة وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي وقال محمد يسقط كما لو تعدى في الوديعة ثم ردها ولنا أنها يد صارت ضامنة فلا يزول الضمان عنها إلا بإذن جديد ولم يوجد والاصل بمنوع إلا أن يردّها إلى مالكا أو يجدد لها إذنا

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (ويلزم المؤجر كل ما يتمكن به من النفع كزمام الجمل ورحله وحزامه والشد عليه وشد الاحمال والمحامل والرفع والحط ولزوم البعير لينزل لصلاة الفرض ومفاتيح الدار وعمارتها وكل ما جرت عادته به

أحدهما صح في الاولى وبطل في الثانية لانهما عقدان أحدهما على معلوم والثاني على مجهول فصح في المعلوم وبطل في المجهول كما لو قال بعثك عبدي هذا بعشرة وعبدي الذي في البيت بعشرة (الثامنة) قال لتحمل لي هذه الصبرة والتي في البيت بعشرة فان كانا يعلمان التي في البيت صح فيها وان جهلاها بطل فيها لانه عقد واحد بعوض واحد على معلوم ومجهول بخلاف التي قبلها فان كانا يعلمان التي في البيت لكنها مضمومة أو متممة تصحيح العقد فيها لما تم اختصاص بها بطل العقد فيها وفي صحته وفي صحة الاخرى وجهان بناء على تفريق الصفقة إلا انها ان كانت قفزانها معلومة أو قدر أحدهما معلوم من الاخرى فالاولى صحته لان قسط الأجر فيها معلوم وان لم يكن كذلك فالاولى بطلانه لجهالة العرض فيها (التاسعة) قال لتحمل لي هذه الصبرة وهي عشرة اقفة بدرهم فان زادت على ذلك فالزائد بحساب ذلك صح في العشرة لانها معلومة ولم يصح في الزيادة لانها مشكوك فيها ولا يجوز العقد على ما يشك فيه (العاشر) قال لتحمل لي هذه الصبرة كل قفيز بدرهم فان قدم لي طعام فحملته فبحساب ذلك صح أيضا في الصبرة وفسد في الزيادة لما ذكرناه

يلزم المكري كل ما جرت العادة أن يوطى به لركوب من الحداجة للجمال والقتب وما يتمكن به الراكب من النعم كزمام الجمل والبرة التي في أنفه ان كانت العادة جارية بها والسنرج والجام لفرس والبردة والا كاف لبغل والجار على ما يقتضيه العرف يحمل الاطلاق عليه، وما زاد على ذلك من الحمل والحارة والحبل الذي يشده بين المحملين على المكثري لانه من مصلحة الحمل وكذلك الوطاء الذي يشد فوق الحداجة تحت المحمل وعلى المكري رفع المحمل وحطه وشده على الحمل ورفع الاحمال وشدها وحطها لان هذا هو العرف وبه يتمكن من الركوب، ويلزمه القائد والسائق هذا اذا كان الكراء على أن يذهب مع المكثري، فان كان على أن يتسلم الراكب البهيمة ليركبها بنفسه فكل ذلك عليه لان الذي على المكري تسليم البهيمة وقد سلمها، فأما الدليل فهو على المكثري لان ذلك خارج عن البهيمة المكتراة وآلتها فاشبه الزاد وقيل ان كان اكثري منه بهيمة بعينها فأجرة الدليل على المكثري لان الذي عليه تسليم الظهر وقد سلمه، وان كانت الاجارة على حمله الى مكان معين في القدمة فهو على المكثري لانه من مؤنة إبعاله اليه وتحصيله فيه، فان كان الراكب ممن لا يقدر على الركوب والبعير قائم كالرؤاة والشيوخ والضعيف والسمين فعلى الجمال أن يترك الجمل لركوبه ونزوله لانه لا يتمكن منها إلا به وإن كان ممن يمكنه الركوب والنزول مع قيام البعير لم يلزم الجمال أن يترك الجمل لامكان استيفاء العقود عليها، فان كان قويا حال العقد فتجدد له الضعف أو بالعكس فلا اعتبار بحال الركوب لان العقد اقتضى ركوبه بحسب العادة، ويلزم الجمال أن يقف البعير لينزل الصلاة الفرض وقضاء حاجة الانسان والطهارة وبدع البعير واقفا حتى يفعل ذلك لانه لا يمكنه فعل شيء من هذا على ظهر البعير، وما يمكنه فعله عليه

(مسئلة) قال (ومن اكرى الى مكة فلم يرى الجمال الراكبين والحامل والافطية والاطولة لم يجز الكراء)

أجمع أهل العلم على إجازة كراء الأبل الى مكة وغيرها وقد قال الله تعالى (والحيل والبغال والحمير لتركبوها) ولم يفرق بين المملوكة والمكتراة ، وروى عن ابن عباس في قوله تعالى (ليس عليكم جناح أن تنفقوا فضلا من ربكم) أن تنحج وتكري ونحوه عن ابن عمر ولأن بالناس حاجة إلى السفر وقد فرض الله تعالى عليهم الحج وأخبر أنهم يأتون رجالا وعلى كل ضامر يأتين من كل فج عبق . وليس لكل أحد بهيمة يملكها ولا يقدر على معاناتها والقيام بها والشد عليها فدعت الحاجة إلى استئجارها فجاز دفعها للحاجة . إذا ثبت هذا فمن شرط صحة العقد معرفة المتعاقدين ما عقدا عليه لأنه عقد معاوضة محضة فكان من شرطه المعرفة للمعقود عليه كالبيع ، فأما الجمال فيحتاج إلى معرفة الراكبين والآلة التي يركبون فيها من محمل أو محارة وغيرها وإن كان مقبلا ذكره ، وهل يكون مفعلى أو مكشوفاً ؟ فإن كان مفعلى احتيج إلى معرفة الغطاء ، ويحتاج إلى معرفة الوطاء الذي يوطأ به الحمل والمعالق التي معه من قربة وسطيحة وسفرة ونحوها ، وذكر سائر ما يحمل معه وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر إلا أن الشافعي قال يجوز إطلاق غطاء الحمل لأنه لا يختلف اختلافاً متبايناً ، وحكي عنه في المعالق

من الأكل والشرب وصلاة النافلة لا يلزمه إن يقنه له من أجله فإن أراد المكثري إتمام الصلاة وطلبه الجمال بقصرها لم يلزمه ذلك بل تكون خفيفة في تمام

(فصل) إذا اكرى ظهرا في طريق العادة فيه النزول والشي عند اقتراب المنزل والراكب امرأة أو ضعيف لم يلزمه ذلك لأنه اكرى جميع الطريق كالمتاع ، وإن كان جلدأ قويا احتمل أن لا يلزمه أيضا لأنه عقد على جميع الطريق ولم تجر له عادة بالشي فإلزم حمله في جميع الطريق أشبه الضعيف ويحتمل أن يلزمه لأنه متعارف والمتعارف كالمشروط

(فصل) فإن كان المكثري داراً أو حيا فاعلى المكري ما يتمكن به من الانتفاع كتسليم مفاتيح الدار والحمام لأن عليه التمكن من الانتفاع وتسليم مفاتيحها تمكن من الانتفاع ، فإن ضاعت أو تلفت بغير تفريط المستأجر فعلى المؤجر بدلها لكونها أمانة في يد المستأجر فأشبه حيطان الدار وأبوابها وإن سقط حائط أو خشبة أو انكسرت فمليه إبدالها وبناء الحائط ، وعليه تبليط الحمام وعمل الأبواب والبرك ومجرى الماء لأن بذلك يحصل الانتفاع ويمكن من أن كان لاستيفاء المنافع كالحبل والدلو والبركة فعلى المكثري قاما التحسين والتزويق فلا يلزم أحدهما لأن الانتفاع ممكن بدونه

(مسئلة) (قاما تفريغ البالوعة والكنيف فيلزم المستأجر إذا سلمها فارغة)

إن احتيج إلى تفريغ البالوعة والكنيف عند الكراء فعلى المكري لأنه مما يتمكن به من الانتفاع

قول انه يجوز اطلاقهما وتحميل على العرف ، وحكي عن مالك انه يجوز اطلاق الراكبين لان
أجسام الناس متقاربة في الفالب ، وقال أبو حنيفة إذا قال في الحمل رجلان وما يصلحهما من
الوطاء والدثر جاز استحسانا لان ذلك يتقارب في العادة فحمل على العادة كالمعاليق ، وقال القاضي
في غطاء الحمل كقول الشافعي

ولنا أن هذا يختلف ويتباين كثيراً فاشتراط معرفته كالطعام الذي يحمل معه ، وقولهم : ان
أجسام الناس متقاربة لا يصح فان ففهم الكبير والصغير والطويل والقصير والسمين والمزبل والذكر
والانثى ويختلفون بذلك ويتباينون كثيراً ، ويتفاوتون أيضاً في المعاليق ففهم من يكثر الزاد والحوائج
ومفهم من يقنع باليسير ولا عرف له يرجع اليه فاشتراط معرفته كالحمل والاطمئنة ، وكذلك غطاء
الحمل من الناس من يختار الواسع الثقيل الذي يشتد على الحمل في الهواء ، ومفهم من يقنع بالضيق
الخفيف فتجب معرفته كسائر ما ذكرنا

وأما المستأجر فيحتاج الى معرفة الدابة التي يركب عليها لان الغرض يختلف بذلك ، وتحصل بأحد
امرين إما بالرؤية فيكتفي بها لانها أعلى طرق العلم الا أن يكون مما يحتاج الى معرفة صفة المسمى فيه
كالرھوال وغيره فاما أن يجز به فيعلم ذلك برؤيته وإما ان يصفه ، وإما بالصفة فإذا وجدت اكتفي بها
لانه يمكن ضبطه بالصفة فجاز العقد عليه كالبائع وإذا استأجر بالصفة لركوب احتاج الى ذكر الجنس

وان امتلأت بفعل المستأجر فتفريضا عليه وهذا قول الشافعي ، وقال أبو ثور هو على رب الدار لان به
يتمكن من الانتفاع أشبه مالوا كترها وهي ملائ ، وقال أبو حنيفة لقياس أنه على المكتري والاستحسان
أنه على رب الدار لان ذلك عادة الناس

ولنا أن ذلك حصل بفعل المكتري فكان عليه تنظيفه كما لو طرح فيها قاشا ، والقول في تغريغ
جبة الحمام التي هي مصرف مائه كالتقول في بلوعة الدار ، وان انقضت الاجارة وفي الدار زبل أو قامة من
فعل الساكن فعليه نقله وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي

(فصل) فان شرط على مكتري الحمام أو غيره أن مدة تعطيله عليه لم يصح لانه لا يجوز أن يؤجر
مدة لا يمكنه الانتفاع في بعضها ولا يجوز أن بشرط أن يستوفي بقدرها عند انقضاء مدته لانه يؤدي
إلى أن يكون انتهاء مدة الاجارة مجهولا فان أطلق وتعطل فهو عيب حادث . والمكتري بالخيار بين
الامساك بكل الاجر وبين الفسخ ويتخرج أن له أرش العيب ، كالبيع المعيب فان لم يعلم بالعيب حتى
انقضت مدة الاجارة فعليه جميع الاجر لانه استوفى المعتود عليه فأشبه مالوا علم العيب بعد العقد فرضيه
ويتخرج أن له أرش العيب كما لو اشترى معيبا فلم يعلم عيبه حتى تلف في يده أو أكله

(فصل) وإن شرط على المكتري النفقة الواجبة على المكري كعمارة الحمام فالشرط فاسد لان
العين ملك المؤجر فنفتها عليه ، فان انفق بناء على هذا الشرط احتسب به على المكتري لانه أنفق

فيقول ابل أو خيل أو بغال أو حبر ، والنوع فيقول بختي أو عربي ، وفي الخيل عربي أو برذون ، وفي الحبر مصري أو شامي ، وان كان في النوع ما يختلف كالميلج من الخيل والقطوف احتيج الى ذكره ، وذكر القاضي انه يحتاج الى معرفة الذكورية والانوثية وهو مذهب الشافعي لان الغرض يختلف بذلك فان الانثى أسهل والذكر أقوى ، وبمحملة انه لا يحتاج الى معرفة ذلك لان التفاوت فيه يسير ، ومتى كان الكراء الى مكة فالصحيح انه لا يحتاج الى ذكر الجنس ولا النوع لان العادة أن الذي يحمل عليه في طريق مكة إنما هو الجمال العراب دون البخاني

(فصل) واذا كان الكراء الى مكة أو طريق لا يكون السير فيه الى اختيار المتكربين فلا وجه لذكر تقدير السير فيه لان ذلك ليس اليها ولا مقدور عليه لهما ، وان كان في طريق السير فيه اليها استحباب ذكر قدر السير في كل يوم ، فان أطلق والطريق منازل معروفة جاز العقد عليه مطلقا لانه معلوم بالعرف ومتى اختلفا في ذلك وفي ميقات السير لبلا أو نهارا أو في موضع المنزل اما في داخل البلد أو خارج منه على العرف كما لو أطلقا الثمن في بلد فيه نقد معروف ، وان لم يكن للطريق عرف وأطلقا العقد فقال القاضي لا يصح كما لو أطلقا الثمن في بلد لا عرف فيه ، والاولى أن هذا ليس بشرط لانه لو كان شرطا لما صح العقد بدونه في الطريق المخوف ولانه لم تجر العادة بتقدير السير في طريق ، ومتى اختلفا رجع إلى العرف في غير تلك الطريق

على ملكه بشرط العرض فان اختلفا في قدر ما أنفق ولا بينة فاقول قول المكري لانه منكر فان لم يشترط لسكن أذن له في الاتفاق ليحتسب له به من الاجر ففعل ثم اختلفا فاقول قول المكري أيضا ، وإن أنفق من غير اذنه لم يرجع بشيء لانه أنفق على ماله بغير إذنه نفقة غير واجبة على المالك أشبه ما لو عمر له داراً أخرى

(فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في جواز كراء الابل وغيرها من الدواب إلى مكة وغيرها قال الله تعالى (والخيول والبغال والحمير لتركبوها) ولم يفرق بين المملوكة والمستأجرة ، وروى عن ابن عباس في قوله تعالى (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم) أن يبيع ويكري ونحوه عن ابن عمر ولان بالناس حاجة اليه ، وقد فرض الله تعالى الحج على الناس وليس لسكن أحد بهيمة يملكها ولا يحسن القيام بها والشدة عليها فدعت الحاجة إلى استئجارها فجاز ذلك دفعا للحاجة اذا ثبت هذا فن شرط صحة العقد معرفة المتعاقدين المعقود عليه لانه عقد معارضة أشبه اليم فأما الجمال فيحتاج إلى معرفة الراكبين بالرؤية أو بالصفة لان المعرفة بالصفة تقوم مقام الرؤية اذا وصفها بالطول والقصر والهزال والسمن والصغر والكبر والذكورية والانوثية ، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب لا يكفي في ذلك الصفة لانه يختلف بثقله وخفته وسكونه وحركته ولا ينضبط بالوصف فيجب تعيينه وهذا مذهب الشافعي ولهم في الحمل وجه أنه لا يكتفى فيه بالصفة ويجب تعيينه

(فصل) وإن اشترط حمل زاد مقدر كائنه رطل نظرنا فإن شرط أنه يبدل منها ما نقص بالاكل أو غيره فله ذلك ، وإن شرط أن ما نقص بالاكل لا يبدل له لم يكن له إبداله فإن ذهب بغير الأكل كسرقة أو سقوط فله إبداله لأن ذلك لم يدخل في شرطه ، وإن أطلق العقد فله إبدال ما ذهب بسرقة أو سقوط أو أكل غير معتاد بغير خلاف وإن نقص بالاكل المعتاد فله إبداله أيضا لأنه استحق حمل مقدار معلوم فملك إبداله ما نقص منه كما لو نقص بسرقة ، ويحتمل أنه لا يملك إبداله لأن العرف جار بأن الزاد ينقص فلا يبدل فحمل العقد عند الإطلاق على العرف وصار كالصرح به ، وقال الشافعي القياس أن له إبداله ، ولو قيل ليس له إبداله كان مذهبا لأن العادة أن الزاد لا يبقى جميع المسافة ولذلك يقل أجره عن أجر المتاع

(فصل) وإذا اكترى جحلا ليحج عليه فله الركوب عليه إلى مكة ومن مكة إلى عرفة والخروج عليه إلى منى لأنه من تمام الحج وقيل ليس له الركوب إلى منى لأنه بعد التحلل من الحج والاولى أن له ذلك لأنه من تمام الحج وتوابعه ولذلك وجب على من وجب عليه دون غيره فدخل في قول الله تعالى (وقف على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا) ومن اكترى إلى مكة فقط فليس له الركوب إلى الحج لأنها زيادة ويحتمل أن له ذلك لأن الكراء إلى مكة عبارة عن الكراء للحج لكونها لا يكترى إليها إلا للحج غالبا فكان بمنزلة المكثري للحج

ولنا أنه عقد معاوضة مضاف إلى حيوان فاكترى فيه بالصفة كالبيع وكل ركوب في الاجارة ولأنه لو لم يكن فيه بالصفة لما جاز للراكب أن يقيم غيره مقامه لأنه إنما يعلم كونه مثله لتساويهما في الصفات فما لا تأتي عليه الصفات لا يعلم تساويهما فيه ولأن الوصف يكتفي به في البيع فاكترى به في الاجارة كالرؤية والتفاوت بعد ذكر الصفات بسير تجري المسامحة فيه كالسلم فيه ويحتاج إلى معرفة الآلة التي يركب فيها من حمل ومخارة وقتب وغير ذلك ، وهل يكون مغلي أو مكشوقا؟ فإن كان مغلي احتاج إلى معرفة القطاء ويحتاج إلى معرفة الوطاء ومعرفة المعاليق التي معه من قرية وسطيحة وقدر وسفرة ونحوها وذكر سائر ما يحمل معه وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر إلا أن الشافعي قال : يجوز إطلاق غطاء الحمل لأنه لا يختلف اختلافا كثيرا متباينا ، وحكي عنه في المعاليق قول أنه يجوز إطلاقها ويحمل على العرف وحكي عن مالك أنه يجوز إطلاق الراكبين لأن أجسام الناس متقاربة في الغالب ، وقال أبو حنيفة إذا قال في الحمل رجلان وما يصلحهما من الوطاء والدرج جاز استحسانا لأن ذلك يتقارب في العادة فحمل على العادة كالعاليق ، وقال القاضي في غطاء الحمل كقول الشافعي

ولنا أن هذا يختلف ويتباين كثيرا فاشترطت معرفته كالطعام الذي يحمله معه وقول مالك إن أجسام الناس متقاربة لا يصح فإن منهم الكبير والصغير والطويل والقصير والسمين والمزبل والذكر والانثى ويختلفون بذلك ويتباينون كثيرا ويتفاوتون أيضا في المعاليق منهم من يكثر الزاد والموانع

(فصل) فيما يلزم المكري والمكثري لركوب . يلزم المكري كل ما جرت العادة أن يوطأ به الركوب لراكب من الحاجة للجمل والقتب والزام الذي يقاد به البعير والبرة التي في أنف البعير إن كانت العادة جارية بينهم بها وإن كان فرساً فالاجام والسرّج ، وإن كان بغلاً أو حملاً فأبرذعة والاكاف لأن هذا هو العرف فحمل الاطلاق عليه . وعلى المكثري ما يزيد على ذلك كالحمل والحارة والحبل الذي يشد به بين الحملين أو المحاربتين لأن ذلك من مصلحة الحمل والوطاء الذي يشد فوق الحاجة تحت الحمل ، وعلى المكري رفع الحمل على الجمل ورفع الاحمال وشدها وحطها لأن هذا هو العرف وبه يتمكن من الركوب ، ويلزمه القائد والسائق هذا إذا كان الكراء على أن يذهب مع المكثري وإن كان على أن يتسلم الراكب البهيمة يركبها لنفسه فكل ذلك عليه لأن الذي على المكري تسليم البهيمة وقد سلمها ، فأما الدليل فهو على المكثري لأن ذلك خارج عن البهيمة المكتراة وآلتها فلم يلزمه كالأزد ، وقيل إن كان اكثري منه بهيمة بعينها فأجرة الدليل على المكثري لأن الذي عليه أن يسلم الظهر وقد سلمه ، وإن كانت على حمله إلى مكان معين في الدمة فهو على المكري لأنه من مؤنة إبعاله إليه وتحصيله فيه

(فصل) وإذا كان الراكب ممن لا يقدر على الركوب والبعير قائم كالمرأة والشيخ والضعيف والسمين وشبههم فعلى الجمل أن يترك الجمل لركوبه ونزوله لأنه لا يتمكن من الركوب والنزول إلا به ، وإن كان

ومنه من يقنع باليسير ولا عرف له يرجع إليه فاشترط معرفته كالحمل والاطمنة ، وكذلك غطاء الحمل من الناس من يختار الواسع الثقيل الذي يشد على الحمل في الهواء ومنهم من يقنع بالضيق الخفيف فتجب معرفته كسائر ما ذكرناه ، فإن رأى الراكبين أو وصفه وذكر الباقي بأطوال معلومة جاز ذكره الخرقى ، وأما الراكب فيحتاج إلى معرفة الدابة التي يركب عليها لأن الغرض يختلف بذلك ويحصل بالرؤية لأنها أعلى طرق العلم إلا أن يكون مما يحتاج إلى معرفة صفة المشي كالهوال وغيره ، وأما أن يجر به فيعلم ذلك برؤيته ويحصل بالصفة فإذا وجدت اكتفي بها لأنه يمكن ضبطه بالصفة فجاز العقد عليه كالبيع ، فإذا استأجر بالصفة للركوب احتاج إلى ذكر الجنس فرساً أو بعيراً أو بغلاً أو حملاً أو النوع فيقول في الابل بخني أو عرابي وفي الخيل عرابي أو بردون وفي الحمار مصري أو شامي وإن كان في النوع ما يختلف كالمملج من الخيل والقطوف احتيج إلى ذكره لأن الغرض يختلف به ، وقد ذكرنا ذلك والخلاف فيه ، قال شيخنا ومتى كان الكراء إلى مكة فالصحيح أنه لا يحتاج إلى ذكر الجنس ولا النوع لأن العادة أن الذي يحمل عليه في طريق مكة الجمل العراب دون البغاني

(فصل) إذا كان الكراء إلى مكة أو طريق لا يكون السير فيه إلى اختيار المتكربين فلا وجه لذكر تقدير السير فيه لأن ذلك ليس اليهما ولا مقدور عليه لهما وإن كان في طريق السير فيه اليهما استحب ذكر قدر السير في كل يوم فإن اطلق وقطريق منازل معروفة جاز لأنه معلوم بالعرف ، ومنه

من يمكنه الركوب والنزول والبعير قائم لم يلزم الجمال أن يترك له الجمل لأنه يمكن استيفاء المعقود عليه بدون هذه الكفاية، وإن كان قويا حال العقد فضعف في أثنائه أو ضعيفا فتقوى بالاعتبار بحال الركوب لأن العقد اقتضى ركوبه بحسب العادة، ويلزم الجمال أن يقف البعير لينزل لصلاة الغريضة وقضاء حاجة الإنسان وطهارته ويدع البعير واقفا حتى يفعل ذلك لأنه لا يمكنه فعل شيء من هذا على ظهر البعير وما أمكنه فعله عليه من الأكل والشرب وصلاة الثالثة من السنن وغيرها لم يلزمه أن يتركه ولا يقف عليه من أجله، وإن أراد المكنتري أمام الصلاة وطالبه الجمال بقصرها لم يلزمه ذلك بل تكون خفيفة في تمام ومن أكثرى بعيراً لا إنسان يركبه لنفسه وسلمه إليه لم يلزمه سوى ذلك لأنه وفي له بما عقد عليه فلم يلزمه شيء سواه

(فصل) وإذا أكثرى ظهراً في طريق العادة فيه النزول والمشي عند اقتراب المنزل والمكنتري امرأة أو ضعيف لم يلزمه النزول لأنه أكثره جميع الطريق ولم تجز له عادة بالمشي فلزم حمله في جميع الطريق كالتناع وإن كان جلدأ قويا ففيه وجهان [أحدهما] لا يلزمه النزول أيضا لأنه عقد على جميع الطريق فلا يلزمه تركه في بعضها كالضعيف [والثاني] يلزمه لأنه متعارف والمتعارف كالشروط

(فصل) وإن هرب الجمال في بعض الطريق أو قبل الدخول فيها لم يخل من حالين [أحدهما] أن يهرب بجماله فينظر فإن لم يجد المستأجر حاكاً أو وجد حاكاً لم يمكن إثبات الحال عنده أو أمكن الإثبات

اختلفا في ذلك وفي وقت السير ليلاً أو نهاراً أو في موضع المنزل إما في داخل البلد أو خارج منه حملاً على العرف كما لو أطلقا الثمن في بلديه تقدم معروف، وإن لم يكن للطريق عرف فقال القاضي لا يصح كما لو أطلقا الثمن في بلد لا عرف فيه، والاولى أن هذا ليس بشرط لأنه لو كان شرطاً لما صح العقد بدون في الطريق المحرف لأنه لم تجز العادة بتقدير السير في الطريق فإن اختلفا رجع إلى العرف في غير تلك الطريق

(فصل) فإن شرط حمل زاد مقدر كائة رجل وشرط أنه يبدل منها ما نقص بالاكل أو غيره فله ذلك وإن شرط أن ما نقص بالاكل لا يبدله فليس له ابداله فإن ذهب بغير الاكل كسرقة أو سقوط فله ابداله لأن ذلك لم يدخل في شرطه، وإن اطاق العقد فله ابدال ما ذهب بسرقة أو سقوط أو اكل غير معتاد بغير خلاف وإن نقص بالاكل المعتاد فله ابداله أيضاً لأنه استحق حمل مقدار معلوم فله ابدال ما نقص منه كما لو نقص بسرقة ويحتمل أن لا يملك ذلك لأن العرف جار بأن الزاد ينقص ولا يبدل فحمل العقد عليه عند الإطلاق وصار كالصرح به، وقال الشافعي القياس أن له ابداله ولو قيل ليس له ابداله كان مذهبا لأن العادة أن الزاد لا يبقى جميع المسافة ولذلك يقل أجره عن أجر المتناع (فصل) إذا أكثرى جملاً ليحج عليه فله الركوب عليه إلى مكة ومن مكة إلى عرفة والخروج

عنده ولا يحصل له ما يكتري به ما يستوفي حقه منه فله استأجر فسخ الاجارة لانه تعذر عليه قبض المعقود عليه فأشبه ما لو أفلس المشتري أو أقطع المالك فيه عند محله، فإن فسخ العقد وكان الجبال قد قبض الاجر كان ديناً في ذمته وإن اختار انتقام على العقد وكانت الاجارة على عمل في الذمة فله ذلك وتنتهي قدر على الجبال طال به، وإن كان العقد على مدة انقضت في هربه افسخ العقد بذلك، وإن أمكنه اثبات الحال عند الحاكم وكان العقد على موصوف غير معين لم يفسخ العقد ويرفع الامر الى الحاكم ويثبت عنده حاله فينظر الحاكم فاز وجد الجبال مالا أكثرى به له وإن لم يجد له مالا وأمكنه أن يقترض على الجبال من بيت المال أو من غيره ما يكتري به فدل، فإن دفع الحاكم المال الى المكتري لا يكتري لنفسه به جاز في ظاهر كلام أحمد وإن اقترض عليه من المكتري ما يكتري به جاز وصار ديناً في ذمة الجبال، وإن كان العقد على معين لم يجز إبداله ولا اكتماره غيره لأن العقد تعلق بعينه فيتخير المكتري بين الفسخ أو البقاء الى أن يقدر عليه فيطالبه بالعمل

[الحال الثاني] إذا هرب الجبال فترك جماله فإن المكتري يرفع الامر الى الحاكم فإن وجد للجبال مالا استأجر به من يقوم مقام الجبال في الاتفاق على الجبال والشد عليها وحفظها وفعل ما يلزم الجبال فعله فإن لم يجد له غير الجبال وكان فيها فضلة عن الكراء باع بقدر ذلك وإن لم يكن فيها فضل أدم يمكن بيعه اقترض عليه الحاكم كما قلنا، وإن أدا من المكتري وأتفق جاز، وإن أذن للمكتري

عليه إلى متى لأن ذلك من تمام الحج، وقيل ليس له الركوب الى متى لانه بعد التحلل من الحج، والاولى أن له ذلك لانه من تمام الحج وتوابعه ولذلك وجب على من وجب عليه دون غيره فدخل في قول الله تعالى (والله على الناس حج البيت) ولو اكرى إلى مكة فقط فليس له الركوب إلى الحج لانها زيادة وبمحتمل أن له ذلك لأن الكراء إلى مكة عبارة عن الكراء للحج لكونها لا يكتري اليها إلا للحج غالباً فكان بمنزلة المكتري للحج

(فصل) قال أصحابنا يصح كراء العقبة وهو مذهب الشافعي، ومعناها الركوب في بعض الطريق يركب شيئاً ويمشي شيئاً لانه إذا جازا كراؤه في الجميع جاز في البعض ولا بد من العلم بها إما بالفراسخ وإما بالزمان مثل أن يركب ليلاً ويمشي نهاراً ويعتبر في هذا زمان السير دون زمان النزول، وإن شرط أن يركب يوماً ويمشي يوماً جاز فإن أطلق احتمال الجواز واحتمل أن لا يصح لانه يختلف وليس له ضابط فيكون مجهولاً، وإن اتفقا على أن يركب ثلاثة أيام ويمشي ثلاثة أو مازاد ونقص جاز وإن اختلفا لم يجبر الممتنع منهما لأن فيه ضرراً على كل واحد منهما المأثني لدوام المشي عليه والدابة لدوام الركوب عليها لانه إذا ركب بعد شدة التعب كان أثقل على البعير، وإن اكرى اثنان جلا يتعاقبان عليه جاز ويكون كراؤه كل الطريق والاستيفاء بينهما على ما يتفقان عليه، وإن تشاحا قسم بينهما لكل

في الاتفاق من ماله بالمعروف ليسكون ديناً على الجمل جاز لانه موضع حاجة ، واذا رجع الجمل واختلفا فيما أنفق نظرنا فان كان الحاكم قدر له ما يفيق قبل قوله في قدر ذلك وما زاد لا يحتسب به وان لم يقدر له قبل قوله في قدر النفقة بالمعروف لانه أمين وما زاد لا يرجع به لانه متطوع به ، واذا وصل المكثري رفع الامر الى الحاكم ففعل ما يرى الحظ فيه من بيع الجمل فيوفى عن الجمل ما لزمه من الدين للمكثري أو غيره ويحفظ باقي الثمن له وان رأى بيع بعضها وحفظ باقيها والاتفاق على الباقي من عن ما باع جاز وان لم يجد حاكماً أو عجز عن استدانة فله أن ينفق عليها ويقيم مقام الجمل فيها يلزمه فان فعل ذلك متبرعاً لم يرجع بشيء وان نوى الرجوع وأشهد على ذلك رجع به لانه حال ضرورة، وهذا أحد الوجهين للشافعي وان لم يشهد ونوى الرجوع في الرجوع وجهان [أحدهما] يرجع به لان ترك الجمل مع العلم بأنها لا بد لها من نفقة إذن في الاتفاق [والثاني] لا يرجع به لانه ثبت لنفسه حقاً على غيره وكذلك ان لم يجد من يشهد فأنفق محتسباً بالرجوع وقياس المذهب ان له الرجوع لقولنا يرجع بما أنفق على الآبق وعلى عيال الغائب وزوجاته والدابة الموهونة ولو قدر على استدانة الحاكم فأنفق من غير استدانة وأشهد على ذلك ففي رجوعه وجهان أيضاً ، وحكم موت الجمل حكم هربه ، وقال أبو بكر مذهب أحمد ان الموت لا يفسخ الاجارة وله أن يركبها ولا يسرف في علفها ولا يقصر ويرجع بذلك في مال المتوفى فان لم يكن في يد المستأجر ما يذمه لم يجز أن يبيع منها شيئاً لان البيع انما يجوز من المالك أو من نائبه أو من له ولاية عليه

واحد منهما فراسخ معلومة او لاحدهما بالليل والآخر بالنهار ، وإن كان ذلك عرف رجع اليه وان اختلفا في البادية منهما أقرع، ويحتمل أن لا يصح كركبها إلا أن يتفقا على ركوب معلوم لكل واحد منهما لانه عقد على مجهول بالنسبة الى كل واحد منهما فلم يصح كما لو اشتريا عبدتين على أن لكل واحد منهما عبداً معيناً منهما

(فصل في قال الشيخ رحمه الله) (والاجارة عقد لازم من الطرفين ليس لاحدهما فسخها)

وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي لانها عقد معاوضة فكانت لازمة كالبيع ولانها نوع من البيع وانما اختلفت باسم كالصرف والسلم لا أن يجد العيين معينة عيباً لم يكن علم به فله الفسخ بغير خلاف فعلمه قال ابن المنذر اذا كثرت دابة بعينها فوجدها جهوحاً أو عضوضاً أو نفوراً أو بها عيب شير ذلك مما يفسد ركوبها فللمكثري الخيار ان شاء ردها وفسخ الاجارة ، وإن شاء أخذها وهذا قول الشوري وأصحاب الرأي لانه عيب في المعقود عليه فأثبت الخيار كالعيب في بيع الاعيان ، والعيب الذي يرد به ما تنقص به المنفعة كنعثر الظهر في المشي والعرج يتأخر به عن القافلة وريض البهيمة بالحمل وكونها جهوحاً أو عضوضاً ونحو ذلك ، وفي المكثري لخدمة ضعف البصر والجنون والجذام والبرص ، وفي الدار انه دام الحائط والخوف من سقوطها وانقطاع الماء من بئرها أو تغيره بحيث يمنع الشرب والوضوء

(فصل) قال أصحابنا يصح كراء العقبة وهو مذهب الشافعي ومعناها الركوب في بعض الطريق يركب شيئاً ويمشي شيئاً لانه إذا جاز أكثرها في الجميع حاز أكثرها في البعض ، ولا بد من كونها معلومة إما أن بقدرها فمراسخ معلومة وإما بالزمان مثل أن يركب ليلاً ويمشي نهاراً ويعتبر في هذا زمان السير دون زمان النزول ، وإن اتفقا على أن يركب يوماً ويمشي يوماً جاز . فإن أكثرى عقبة وأطلق احتمال أن يجوز ويحمل على العرف ، ويحتمل أن لا يصح لأن ذلك يختلف وليس له ضابط فيكون مجهولاً . وإن اتفقا على أن يركب ثلاثة أيام ويمشي ثلاثة أيام أو ما زاد وقص جاز ، وإن اختلفا لم يجبر الممتنع منها لأن فيه ضرراً على كل واحد منهما : الماشي لدوام المشي عليه ، وعلى الجبل لدوام الركوب عليه ، ولأنه إذا ركب بعد شدة تعب كان أثقل على البعير

وإن أكثرى اثنان جهلاً بركبانه عقبة وعقبة جاز ويكون كراؤها طول الطريق والاستيفاء بينهما على ما يتفقان عليه ، وإن تشاحا قسم بينهما لكل واحد منهما فمراسخ معلومة أو لأحدهما الليل والآخر النهار وإن كان ذلك عرف رجع إليه ، وإن اختلفا في البادية منها أقرع بينهما ، ويحتمل أن لا يصح كراؤها إلا أن يتفقا على ركوب معلوم لكل واحد منهما لأنه عقد على مجهول بالنسبة إلى كل واحد منهما فلم يصح كما لو اشتريا عبدین على أن لكل واحد منهما عبداً معيناً منهما

وأشبه ذلك من النقائص ، فإن رضي بالمقام ولم يفتح لزمه جميع الاجرة لأنه رضي به ناقصاً أشبه ماله رضي بالمبيع معيباً ، وإن اختلفا في الموجود هل هو عيب أولاً ؟ رجع فيه إلى أهل الخبرة مثل أن تكون الدابة خشنة المشي أو أنها تتعب راكبها لكونها لا تترك كثيراً فإن قالوا هو عيب فله الفسخ والأفلا هذا إذا كان العقد تعلق بعينها فإن كانت موصوفة في الدمة لم يفسخ العقد وعلى المسكري إبدالها كالمسلم فيه إذا وجد معيباً أو على غير صفته فإن عجز عن إبدالها أو امتنع منه ولم يمكن إجباره فلا مكثري الفسخ أيضاً

(مسئلة) (وإن بدا له قبل تقضي المدة فعليه الاجرة)

قد ذكرنا أن الاجارة عقد لازم يقتضي تملك المؤجر الاجر والمستأجر المنافع فإذا فسخ المستأجر الاجارة قبل انقضاء مدتها وترك الانتفاع اختياراً منه لم يفسخ الاجارة وتلزمه الاجرة ولا يزول ملكه عن المنافع كما لو اشترى شيئاً وقبضه ثم تركه : قال الاثرم قلت لابي عبد الله رجل اشترى بعيراً فلما قدم المدينة قال له فأسخني؟ قال ليس ذلك له قد لزمه الكراء قلت فإن مرض المستكري بالمدينة؟ فلم يجعل له فسخاً لانه عقد لازم من الطرفين فلم يملك أحد المتعاقدين فسخه ، وإن فسخته لم يسقط العوض الواجب كالبيع

(فصل) قد ذكرنا أن المستأجر يملك المنافع بالعقد كما يملك المشتري المبيع بالبيع وبزول ملك المؤجر عنها كما يزول ملك البائع عن المبيع فلا يجوز له التعريف فيها لأنها صارت مملوكة لغيره فإن

(مسألة) قال (فان رأي الراكبين أو وصفه له وذكر الباقي بأرطال معلومة جوائز)

وجعلته ان المعرفة بالوصف تقوم مقام الرؤية في الراكبين إذا وصفها بمختلفان به في الطول والقصر والهزال والسمن والصحة والمرض والصغر والكبر والذكورية والانثوية والباقي يكفي فيه ذكر الوزن وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب لا بد من معرفة الراكبين بالرؤية لانه يختلف بثقله وخفته وسكونه وحركته ولا ينضبط بالوصف فيجب تعيينه وهذا مذهب الشافعي ، ولم في المحمل وجه أنه لا تكفي فيه الصفة ويجب تعيينه

ولنا أنه عقد معاوضة مضاف الى حيوان فاكتفي فيه بالصفة كالبيع وكل ركوب في الاجارة ولانه لو لم يكتف فيه بالصفة لما جاز لراكب أن يقيم غيره مقامه لانه انما يعلم كونه مثله لتساويهما في الصفات فما لا تأتي عليه الصفات لا يعلم التساوي فيه ولان الوصف يكتفي به في البيع فاكتفي به في الاجارة كالرؤية والتفاوت بعد ذكر الصفات الظاهرة بسير تجري المساحة فيه كالمسلم فيه

(فصل) ويجوز اكتراء الابل والدواب المحمولة ، قال الله تعالى [ونحمل أثقالكم إلى بلد لم تكونوا بالفيه الا بشق الاذنس] والحمولة بالضم الاحمال والحولة بالفتح التي يحمل عليها قال الله تعالى

تصرف فيها وكان ذلك في حال يد المستأجر قبل تقضي المدة مثل أن يكتري داراً سنة فيسكنها شهراً ويتركها فيسكنها المالك بقية السنة أو يؤجرها لغيره احتمال أن ينسخ العقد فيما استوفاه المالك لانه تصرف فيه قبل قبض المشتري له أشبه مالو أنلف المكيل قبل تسليمه وسلم باقية ، فان تصرف في بعض المدة دون بعض انسخ العقد في قدر ما تصرف فيه خاصة ، وعلى المستأجر أجر ما بقي فان سكن المستأجر شهراً وسكن المالك عشرة أشهر لزم المستأجر أجر شهرين ، وان سكنها شهراً وسكن المالك شهرين ثم تركها فعلى المأجر أجر عشرة أشهر واحتمل أن يلزم المستأجر أجر جميع المدة وله على المالك أجر المثل لما سكن أو تصرف فيه بسقط ذلك مما على المستأجر من الاجر ويلزمه الباقي لانه تصرف فيها ملكه المستأجر عليه ، بغير إذنه أشبه مالو تصرف في المبيع بعد قبض المشتري بإياه وقبض الدار ههنا قام مقام قبض المنافع بدليل أنه يملك التصرف في المنافع بالسكنى والاجارة وغيرها ، فعلى هذا لو كان أجر المثل الواجب على المالك بقدر الاجر المسمى في العقد لم يجب على المستأجر شيء ، وان فضلت منه فضلة لزم المالك أدائها الى المستأجر ، والاوّل أولى وهو ظاهر مذهب الشافعي وان تصرف المالك قبل تسليمه العين أو امتنع من تسليمها حتى انقضت مدة الاجارة انفسخت الاجارة وجهاً واحداً لان العاقد أنلف المأجود عليه قبيل تسليمه فانفسخ العقد كما لو باعه طعاماً فأثلفه قبل تسليمه ، وان سلمها اليه في أثناء المدة انفسخت فيما مضى ، ويجب أجر الباقي بالحصصة كالبيع إذا سلم بعضه وأنلف بعضاً

ومن الأنعام حمولة وفرشا [الحمولة الكبار والفرش الصغار ، وقبل الحمولة الأبل والفرش الغنم لأنها لا تحمل ، ولا يحتاج الى معرفة الحمولة لأن الفرض حمل المتاع دون ما يحمله بخلاف الركوب فإن المراكب غرضا في الركوب من سهولته وحاله وسرعته ، وإن انفق وجود غرض في الحمولة مثل أن يكون المحمول شيئا تضره كثرة الحركة كالفاكة والزجاج أو كون الطريق مما يصير على بعضها دون بعض فيذبحي أن يذكر في الاجارة ، وأما الاحمال فلا بد من معرفتها فإن لم يعرفها لم يحز لان ذلك يتفاوت كثيرا ويختلف الفرض به فان شرط أن يحمل ماشا بطل لان ذلك لا يمكن الوفاء به وبدخل فيه ما يقتل البهيمة ، وإن قال احتمل عليها طاقتها لم يحز أيضا لان ذلك لا ضابط له ، ونحصل المعرفة بطريقتين (المشاهدة) لأنهم من أعلى طرق العلم (والصفة) وبشرط في الصفة معرفة شيئين القدر والجنس لان الجنس يختلف تعب البهيمة باختلافه مع التساوي في القدر فإن القطن يضر بها من وجه وهو أنه ينتفخ على البهيمة فيدخل فيه الريح فيثقل ويثله من الحديد يؤذي من جهة أخرى وهو أنه يجتمع على موضع من البهيمة فربما عقرها فلا بد من بيانها ، وأما الظروف فإن دخلت في الوزن لم يحتج الى ذكرها ، وإن لم توزن فإن كانت ظروفًا معروفة لا تختلف كغرائر الصوف والشعر ونحوها جاز العقد عليها من غير تعيين لأنها قلما تتفاوت تفاوتًا كثيرًا فتسميتها تكفي ، وإن كانت تختلف فلا بد من معرفتها بالتعيين أو الصفة وذكر ابن عقيل أنه إذا قال أكرىتكها التحمل عليها ثلثمائة رطل مما شئت جاز وذلك لكن لا يحمله حملًا بضر

(مسئلة) (وإن حوله المالك قبل تقضيها فليس له أجر لما سكن نص عليه ويحتمل أن له من الاجارة بقسطه)

إذا استأجر مدة فسكنه بعضها ثم أخرجه المالك ومنعه تمام السكنى فلا شيء له من الاجر نص عليه أحمد وذكره الحرقى ويحتمل أن له من الاجر بقسطه وهو قول أكثر الفقهاء لأنه استوفى ملك غيره على وجه المعاوضة فلزمه عوضه كالبيع إذا استوفى بعضه ومنعه المالك بقيته

ولنا أنه لم يسلم اليه ما تناوله عقد الاجارة فلم يستحق شيئًا كالأجر استأجره لحل كتاب الى بلد فحمله بعض الطريق أو يحفر له عشرين ذراعًا فحفر له عشرةا وامتنع من حفر الباقي وقياس الاجارة على الاجارة أولى من قياسها على البيع ، والحكم فيمن أكرى دابة فامتنع المكرى من تسليمها في بعض المدة أو أجر نفسه أو عبده للخدمة مدة وامتنع من إتمامها أو أجر نفسه لبناء حائط أو خياطة أو حفر بئر أو حمل شيء الى مكان وامتنع من اتمام العمل مع القدرة عليه كالحكم في العقار يمتنع من تسليمه وإنه لا يستحق شيئًا لما ذكرنا

(مسئلة) (وإن هرب الاجير حتى انقضت المدة انفسخت الاجارة ، وإن كانت على عمل خير للمستأجر بين الصبر والفسخ)

بالحيوان مثل مالو أراد حمل حديد أو زئبق ينبغي أن يفرقه على ظهر الحيوان فلا يجتمع في موضع واحد من ظهره ولا يجعله في وعاء يتموج فيه فيكد البهيمة ويتعبها، وإن اكرت في ظهره لأجل حمل موصوفاً بجنس فأراد حمله على غير ذلك الجنس وكان الطالب لذلك المستأجر لم يقبل منه لأنه لا يملك المطالبة بما لم يعقد عليه وإن طالبه المؤجر وكان يفوت به غرض المستأجر مثل أن يكون غرضه الاستعجال في السير أو أن لا ينقطع عن القافلة فيتعين الخيل أو البغال أو يكون غرضه سكون الحولة لكون الحولة مما يضرها الحر أو قوتها وصبرها لطول الطريق وثقل الحولة فيعين الابل لم يجز العدول عنه لأنه يفوت غرض المستأجر فلم يجز ذلك كما في المركوب، وإن لم يفوت غرضه جاز كما يجوز لمن اكرت في حمل شيء حمل مثله أو أقل ضرراً منه

(فصل) ويجوز كراء الدابة للعمل لأنها منفعة مباحة خلقت الدابة لها فجاز الكراء لها كالركوب وإن اكرت بقر أو حارث جاز لأن البقر خلقت للحراثة ولذلك قال النبي ﷺ «بينما رجل يسوق بقرة أراد أن يركبها فقالت لي لم أخلق لهذا إنما خلقت للحراثة» متفق عليه. ويحتاج إلى شرطين معرفة الأرض وتقدير العمل فأما الأرض فلا تعرف إلا بالمشاهدة ولأنها تختلف فتكون صلبة تعيب البقر والحراث وقد يكون فيها حجارة تتعلق بالسكة وتكون رخوة سهلة يسهل حراثتها ولا تأتي الصنة عليها فيحتاج إلى رؤيتها وأما تقدير العمل فيجوز بأحد شيئين إما بالمدة كيوم ويومين وإما الأرض كقوله القطعة أو من

وجله ذلك أنه إذا هرب الاجير أو شردت الدابة أو أخذ المؤجر العين وهرب بها أو منعه استيفاء المنفعة منها من غير هرب لم تنفسخ الاجارة لكن يثبت للمستأجر خيار الفسخ فان انفسخ فلا كلام، وإن لم يفسخ وكانت الاجارة على مدة انفسخت بمضي المدة يوماً فيوماً فإن عادت العين في أثناء المدة استوفى ما بقي منها، وإن انقضت المدة انفسخت الاجارة لفوات المعقود عليه وإن كانت الاجارة على موصوف في القصة كخياطة ثوب أو بناء حائط أو حمل إلى موضع معين استؤجر من ماله من عمله كما لو أسلم إليه في شيء فهرب بيع من ماله فإن تعذر فللمستأجر الفسخ فإن لم يفسخ وصبر إلى أن يقدر عليه فله مطالبة بالعمل لأن ما في القصة لا يفوت بهربه، وكل موضع امتنع الاجير من العمل فيه أو منع المؤجر المستأجر من الانتفاع إذا كان بعد عمل البعض فلا أجر له فيه على ما سبق إلا أن يرد العين قبل انقضاء المدة أو يتم العمل إن لم يكن على مدة قبل فسخ المستأجر فيكون له أجر ما عمل فاما إن شردت الدابة أو تعذر استيفاء المنفعة بشيء فعل المؤجر فله من الاجر بقدر ما استوفى بكل حال (مسألة) (فإن هرب الجمل أو مات وترك الجمل انفق عليها الحالك من مال الجمل أو أذن

للمستأجر في الانفاق فاذا قدم باعها ووفى المنفق وحفظ باقي ثمنها لصاحبه)

إذا هرب الجمل في بعض الطريق أو قبل الدخول فيها لم يخل من حالين (أحدهما) أن يهرب بجملها فإن لم يجد المستأجر حاكاً أو وجد حاكاً لم يمكن إثبات الحال عنده أو أمكن ولم يحصل

هذا المكان إلى هذا المكان أو بالمساحة كدس أو مدين ونحو ذلك كل ذلك جائز ، لأن العلم يحصل به فان قدره بالمدة فلا بد من معرفة البقر التي يعمل عليها لان الغرض يختلف باختلافها في القوة والضعف ، ويجوز أن يستأجر البقر مفردة ليتولى رب الارض الحرث بها ويجوز أن يستأجرها مع صاحبها ليتولى الحرث بها ويجوز استئجارها بآلتها من الفدان والنير واستئجارها بدون آلتها تكون الآلة من عند صاحب الارض ، ويجوز استئجار البقر وغيرها للدراس الزرع لانها منفعة مباحة مقصودة فأشبهت الحرث ، ويجوز على مدة أو زرع معين أو موصوف كما ذكرنا في الحرث ، ومتى كان على مدة احتيج الى معرفة الحيوان الذي يعمل عليه ليعرف قوته أو ضعفه ، وإن كان على عمل غير مقدر بالمدة احتاج الى معرفة جنس الحيوان لان الغرض يختلف به فنه ماروثه طاهر ومنه ماروثه نجس ولا يحتاج الى معرفة عين الحيوان ، ويجوز أن يستأجر الحيوان بآلته وبغير آلته مع صاحبه ومنفرداً عنه كما ذكرنا في الحرث (فصل) ويجوز استئجار بهيمة لإدارة الرعي ويفتقر إلى شئئين معرفة الحجر إما بمشاهدة وإما

بصفة تحصل بها معرفته لان عمل البهيمة يختلف فيه بذله وخفته فيحتاج صاحبها إلى معرفته وتقدير العمل إما بالزمان فيقول يوماً أو يومين ، أو بالطعام فيقول قفيزاً أو قفيزين ويذكر جنس المطحون إن كان يختلف لان منه ما يسهل طعنه ومنه ما يصعب ، وكذلك إن اكترها لإدارة دولا ب فلا بد

له ما يستوفي به حقه منه فلامستأجر الفسخ لانه تعذر عليه قبض العقود عليه أشبه ما اذا نفلس المشتري فان فسخ العقد وكان الجال قد قبض الاجر كان ديناً في ذمته وان اختار المقام على العقد وكانت الاجارة على عمل في الذمة فله ذلك ، ومتى قدر على الجال مطالبه به وان كان العقد على مدة انقضت في هربه انفسخت الاجارة وان أمكن اثبات الحال عند الحاكم وكان العقد على موصوف غير معين لم يفسخ العقد ويرفع الامر الى الحاكم ويثبت عنده حاله فان وجد الحاكم للعالم مالا كثرى به وان لم يجد له مالا وامكنه أن يقترض عليه ما يكتري له به فعل فان دفع الحاكم المال الى المكتري ليكتري به لنفسه جاز في ظاهر كلام أحمد ، وان كان الغرض من المكتري جاز وصار ديناً في ذمة الجال وان كان العقد على معين لم يجوز ابداله ولا اكتره ، غير ذلك لأن العقد تعلق بعينه فيخير المكتري بين الفسخ أو الصبر الى أن يقدر عليه فيطالبه بالعمل

(الحال الثاني) اذا هرب وترك جهاله فان المكتري يرفع الامر الى الحاكم فان وجد لجال مالا استأجر به من يقوم مقامه في الانفاق على الجال والشد عليها وفعل ما يلزم الجال فان لم يجد له غير الجال وكان فيها فضلة عن الكراء باع بقدر ذلك وان لم يكن فيها فضل أولم يمكن بيعه انترض عليه الحاكم كما ذكرنا ، وان ادان من المكتري وانفق جاز ، وان أذن للمكتري في الانفاق من ماله بالمعروف ليكون ديناً على الجال جاز لانه موضع حاجة فاذا رجم واختلفا فيما انفق وكان الحاكم قدر النفقة قبل قول

من مشاهدته ومشاهدة دولابه لاختلافها وتقدير ذلك بزمان أو مل. هذا الحوض أو هذه البركة ، وكذلك ان أكثرها للاستقاء ، بالقرب فلا بد من معرفته لانه يختلف بكبره وصغره ، ويقدر بالزمان أو بعدد الغروب أو بملء بركة أو حوض ، ولا يجوز تقدير ذلك بسقي أرض لان ذلك يختلف فقد تكون الأرض عطشة لا يرويهما القليل وتكون قرية العهد بالماء فيكفيها القليل فيكون ذلك مجهولا ، وإن قدره بسقي ماشية احتمل أن لا يجوز ذلك ويحتمل أن يجوز لان شربها يتقارب في الغالب ويجوز استئجار دابة يستقي عليها ماء ، ولا بد من معرفة الآلة التي يستقي بها من راوية أو قرب أو جرارة ، ومعرفة ذلك اما بالرؤية واما بالصفة ، ويقدر العمل اما بالزمان واما بعدد المرات واما بملء شيء معين ، فان قدره بعدد المرات احتاج الى معرفة الموضع الذي يستقي منه والذي يذهب اليه لان ذلك يختلف بالقرب والعدر السهولة والحرارة ، وإن قدره بملء شيء معين احتاج الى معرفته ومعرفة ما يستقي منه ، ويجوز أن يكتري البيعة بآلتها وبدونها مع صاحبها ووحدها ، وإن أكثرها ليل تراب معروف جاز لان ذلك بالعرف ، وكل موضع وقع العقد على مدة فلا بد من معرفة الظاهر الذي يعمل عليه لان الغرض يختلف باختلافها في القوة والضعف ، وإن وقع على عمل معين لم يحتج الى معرفتها لانه لا يختلف ويحتمل أن يحتج الى ذلك في استقاء الماء عليه لان منه ماروته طاهر وجسمه طاهر بغير خلاف كالخيل والبقر ، ومنه ماروته نجس ويختلف في نجاسة جسمه كالضال والحبر فربما نجس به المستقي أو دلوه فيتنجس الماء به فيختلف الغرض بذلك فتجب معرفته

المكتري في ذلك دون ما زاد ، وإن لم يقدر له قبل قوله في قدر النفقة بالمعروف لانه أمين فاشبهه الوصي اذا ادعى النفقة على الايتام بالمعروف وما زاد لا يرجع به لانه منقطع به ، واذا وصل المكتري رفع الامر الى الحاكم فيفعل ما يرى الحظ فيه من بيع الجمال فيوفي عن الجمال ما لزمه من الدين للمكتري أو لغيره ويحفظ بقي الثمن له وإن رأى بيع بعضها وحفظ باقيها والانفاق على الباقي من ثمن ما باع جاز ، وإن لم يجد حاكما أو عجز عن استئذانه فله أن ينفق عليها ويقيم مقام الجمال فيها يلزم ، ولا يرجع بذلك ان فعله متبرعا وإن نوى الرجوع واشهد على ذلك رجع به لانه حال ضرورة وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي ، وإن لم يشهد ونوى الرجوع ففي الرجوع وجهان (أحدهما) يرجع به لان ترك الجمال مع العلم بأنها لا بد لها من نفقة اذن في الانفاق (والثاني) لا يرجع به لانه ثبت لنفسه حقا على غيره وكذلك ان لم يشهده وأنفق محتسبا بالرجوع ، قال شيخنا وقياس المذهب أن له الرجوع كقولنا يرجع بما أنفق على الآتي وعلى عيال الغائب وزوجاته والدابة المروثة ، فان قدر على استئذان الحاكم فانفق من غير استئذانه واشهد على ذلك ففي رجوعه وجهان أيضا ، وحكم موت الجمال حكم هربه وقال أبو بكر مذهب اهد أن الموت لا ينسخ الاجارة وله أن يركبها ولا يسرف في علمها ولا يقصر ويرجع بذلك في مال المتوفى ، فإن لم يكن في يد المستأجر ما ينفق لم يحز أن يبيع منها شيئا لان البيع إنما يجوز من المالك أو نائبه أو ممن لا ولاية عليه

(فصل) واذا اكرى حيوانا لعمل لم يخلق له مثل أن اكرى البقر للركوب والحمل عليها أو اكرى الابل والحمار لحرث جاز لانها منفعة مقصودة أمكن استيفائها من الحيوان لم يرد الشرع بتحريمها فجاز كالذي خلقت له ولأن مقتضى الملك جواز التعريف بكل ما تصالح له العين المملوكة ويمكن تحصيله منها ولا يمتنع ذلك إلا بمعارض راجح اما ورود نص بتحريمه أو قياس صحيح أو رجحان مضرة على منفعته وليس ههنا واحد منها ، وكثير من الناس من الاكراد وغيرهم يحملون على البقر ويركبونها وفي بعض البلدان يحرق على الابل والبغال والحمار فيكون معنى خلقها لحرث ان شاء الله أن معظم الانتفاع بها فيه ولا يمتنع ذلك الانتفاع بها في شيء آخر كما أن الخيل خلقت للركوب والزينة ويباح أكلها والاولاد خالق للحلية ويجوز استعماله في الادوية وغيرها والله أعلم

(مسألة) (وما حدث في الساعة من يد الصانع ضمن)

وجملته أن الاجير على ضربين خاص ومشارك فالخاص هو الذي يقع المقعد عليه في مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه في جميعها كرجل استؤجر لخدمة أو عمل في بناء أو خياطة أو رعاية يوما أو شهرا . سمي خاصا لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس ، والمشارك الذي يقع تدفعه على

(مسألة) (وتفسخ الاجارة بتلف العين المعقود عليها)

وجملته ان من استأجر عينا مدة فحبل بينه وبين الانتفاع بها لم يخل من أقسام [أحدها] ان تلف العين كدابة تنفق أو عبد يموت فذلك على ثلاثة أضرب [أحدها] أن تلف قبل قبضها فان الاجارة تنفسخ بغير خلاف فعلمه لان المعقود عليه تلف قبل قبضه فأشبهه ما لو تلف الطعام المبيع قبل قبضه [الثاني] أن تلف عقب قبضها فان الاجارة تنفسخ ايضا ويسقط الاجر في قول عامة الفقهاء إلا أبا ثور حكى عنه أنه قال يستقر الاجر لان المعقود عليه تلف بعد قبضه أشبه المبيع . وهذا غلط لان المعقود عليه المنافع وقبضها باستيفائها أو التمكن من استيفائها ولم يحصل ذلك فأشبهه تلفها قبل قبض العين [الثالث] أن تلف بعد مضي شيء من المدة فان الاجارة تنفسخ فيما بقي من المدة دون ما مضى ويكون للمؤجر من الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة ، قال أحمد في رواية ابراهيم بن الحارث : إذا اكرى بعيرا بعينه فنفق بعطيه بحساب ماركب وذلك لما ذكرنا من أن المعقود عليه المنافع وقد تلف بعضها قبل قبضه فبطل العقد فيما تلف دون ما قبض كما لو اشترى صبرتين فقبض احدهما وتلفت الاخرى قبل قبضها ، ثم نفاذ فان كان أجر المدة متساويا فعليه بقدر ما مضى ان كان قد مضى النصف فعليه نصف الاجر وان كان قد مضى الثالث فعليه الثلث كما يقسم الثمن على المبيع المتساوي ، وان كان مختلفا كدار أجرها في الشتاء أكثر من أجرها في الصيف وأرض أجرها في الصيف أكثر من الشتاء ،

١٠٦ تنسيم الاجير الى خاص ومشارك وحكم كل منهما في الضمان وغيره (المغني والشرح الكبير)

عمل معين كخطابة ثوب وبناء حائط وحمل شيء الى مكان معين أو على عمل في مدة لا يستحق جميع نفعه فيها كالسكاح والطبيب . سمي مشتركاً لأنه يتقبل أعمالاً لاثنتين وثلاثة وأكثر في وقت واحد ويعمل لهم فيشتركون في منفعته واستحقاقها فسمي مشتركاً لاشتراكهم في منفعته ، فالاجير المشترك هو الصانع الذي ذكره الحرقفي وهو ضامن لما جنت يده فالحائك اذا أفسد حياكته ضامن لما أفسد نص أحد على هذه المسئلة في رواية ابن منصور ، والقصار ضامن لما يتخرق من دقه أو مده أو عصره أو بسطه ، والطباخ ضامن لما أفسد من طبيخه والحجاز ضامن لما أفسد من خبره والجمال يضمن ما يسقط من حمله عن رأسه أو تلف من عثرته والجمال يضمن ما تلف بقوده وسوقه وانقطاع حبله الذي يشد به حمله والملاح يضمن ما تلف من يده أو جذفه أو ما يعالج به السفينة ، وروى ذلك عن عمر وعلي وعبد الله بن عتبة وشريح والحسن والحكم وهو قول أبي حنيفة ومالك وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يضمن ما لم يتعد . قال الربيع هذا مذهب الشافعي وإن لم يبح به ، وروى ذلك عن عطاء وطاوس وزفر لأنها عين مقبوضة بعقد الاجارة فلم تصرف مضمونة كالعين المستأجرة ولنا ما روى جعفر بن محمد عن أبيه عن علي أنه كان يضمن الصباغ والصواغ وقال لا يصلح الناس الا ذلك ، وروى الشافعي في مسنده بإسناده عن علي أنه كان يضمن الاجراء ويقول لا يصلح الناس الا هذا ولأن عمل الاجير المشترك مضمون عليه فما تولد منه يجب أن يكون مضموناً كالمعد وإن قطع

أو دار لما موسم كدور مكة رجع في تقويمه الى أهل الحرة ويسقط الاجر المسمى على حسب قيمة المنفعة كقسمة الثمن على الأعيان المختلفة في البيع ، وكذلك لو كان الاجر على قطع مسافة كعبير استأجره على حمل شيء الى مكان معين وكانت متساوية الاجزاء أو مختلفة وهذا ظاهر مذهب الشافعي (مسئلة) (وموت العبي المرتضع)

إذا مات العبي المرتضع انفسخ العقد لأنه يتعذر استيفاء العتود عليه لأنه لا يمكن اقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع واختلاف الابن باختلافهم فإنه قد يدر على أحد الولدين دون الآخر وهذا منصوص من الشافعي ، وإذا انفسخ العتد عقبيه بطلت الاجارة من أصلها ورجع المستأجر بالاجر كله وإن كان في أثناء المدة رجع بمحضه ما بقي

وتنفسخ الاجارة بموت المرضعة لفوات المنفعة بهلاك محلها ، وحكي عن أبي بكر أنها لا تنفسخ ويجب في مالها اجر من ترضعه تمام الوقت لأنه كالدين

ولنا أنه ذلك المعقود عليه أشبه ما لو هلكت البيمة المستأجرة .

(مسئلة) (وموت الراكب إذا لم يكن له من يقوم مقامه في استيفاء المنفعة) إذا مات المكتري ولم يكن له وارث يقوم مقامه في استيفاء المنفعة أو كان غائباً كن يموت في طريق مكة ويخلف جملة الذي اكثراه وليس له عليه شيء يحمله ولا وارث له حاضر يقوم مقامه فظاهر كلام أحمد أن لاجارة تنفسخ فيما بقي

(المفني والشرح الكبير) أنا بضمن الاجير المشترك اذا كان يعمل في ملك نفسه ١٠٧

عضو بخلاف الاجير الخاص. والدليل على أن عمله مضمون عليه أنه لا يستحق العوض الا بالعمل وأن التوب لو تلف في حرزه بعد عمله لم يكن له أجر فيما عمل فيه وكان ذهاب عمله من ضمانه بخلاف الخاص فإنه اذا أمكن المستأجر من استعماله استحق العوض بمضي المدة وإن لم يعمل، وما عمل فيه من شيء فتلف من حرزه لم يسقط أجره بتلفه

(فصل) ذكر القاضي أن الاجير المشترك أنا بضمن اذا كان يعمل في ملك نفسه مثل الخباز يخبز في تنوره وما يملكه وانقصار الخياط في دكانيهما قال ولو دعا الرجل خبازاً فخبز له في داره أو خياطاً أو قصاراً ليقصر ويخيط عنده لاضمان عليه فيما أتلف ما لم يفرط لأنه سلم نفسه الى المستأجر فيصير كالاجير الخاص ، قال ولو كان صاحب المتاع م الملاح في السفينة أو راكباً على الدابة فوق حمله فقطب الحل لاضمان على الملاح والمكاري لان يد صاحب المتاع لم تزل ، ولو كان رب المتاع والجمال راكبين على الحل فتلف حمله لم يضمنه الجمل لان رب المتاع لم يسلمه اليه ومذهب مالك والشافعي نحوه هذا ، قال أصحاب الشافعي لو كان العمل في دكان الاجير والمستأجر حاضر أو اكتره ليعمل له شيئاً وهو معه لم يضمن لان يده عليه فلم يضمن من غير جنابة ويجب له أجر عمله لان يده عليه فكما عمل شيئاً صار مسلماً اليه فظاهر كلام الحنفي أنه لا فرق بين كونه في ملك نفسه أو ملك مستأجره أو كان صاحب العمل حاضراً عنده أو غائباً عنه أو كونه مع الملاح أو الجمل أولاً ، وكذلك قال ابن عقيل ماتلف بجنابة الملاح بجذفه أو بجنابة المكاري بشده المتاع ونحوه فهو مضمون عليه سواء كان صاحب المتاع معه أو

من المدة لانه قد جاء أمر غالب يمنع المستأجر من نزع العين فأشبهه ما لو غصبت ولان بقا العقد ضرر في حق المكري والمكثري لان المكثري يجب عليه الكراء من غير نفع والمكري يتمتع عليه التصرف في ماله مع ظهور امتناع الكراء عليه ، وقد نقل عن أحمد في رجل ا كثرى بعيراً فأتى المكثري في بعض الطريق فان رجع البعير خالياً فعليه بقدر ما وجب له ، وان كان عليه ثقله ووطؤه فله الكراء الى الموضع ، وظاهر هذا أنه حكم بفسخ العقد فيما بقي من المدة اذا مات المستأجر ولم يبق له به انتفاع لانه تعذر استيفاء النفعه بأمر من الله تعالى فأشبهه ما لو ا كثرى من يقطع له ضرره فبراً أو انقطع قبل قلعه أو ا كثرى كحالا ليكمل عينه فبرأت أو ذهبت ، ويجب أن يقدر أنه لم يكن ثم من ورثته من يقوم بمقامه في الانتفاع لان الوارث يقوم مقام الموروث وتأولها القاضي على أن المكري قبض البعير ومنع الورثة الانتفاع ولولا ذلك لما انفسخ العقد لانه لا يفسخ بمدر في المستأجر مع سلامة العقود عليه كما لو حبس مستأجر الدار ومنع من سكنها ، ولا يصح هذا لان منع الوارث الانتفاع لما استحق شيئاً من الاجر ، ويفارق هذا ما لو حبس المستأجر لان العقود عليه انتفاعه وهذا لم يؤبس منه بالحبس لانه يمكن خروجه في كل وقت من الحبس وانتفاعه ويمكن أن يستنيب من يستوفي النفعه له إما بأجره أو غيره بخلاف الميت فإنه قد مات انتفاعه بنفسه ونائبه أشبه ما ذكرنا من الصور

لم يكن لان وجوب الضمان عليه لجناية يده فلا فرق بين حضور المالك وغيثه كالعدوان ولان جناية الجال والملاح اذا كان صاحب المتاع راكبا معه بعم المتاع وصاحبه وتفريطه يعمها فلم يسقط ذلك الضمان كما لو رمى انسانا متترسا فكسر ترسه وقتله ، ولان الطيب والختان اذا جنت يداهما ضمنا مع حضور الطيب والختون ، وقد ذكر القاضي أنه لو كان ذلك يحمل على رأسه ورب المتاع معه فعثر فسقط المتاع فتلف ضمن ، وان سرق لم يضمن لانه في العثار تلف بجنائه والسرقة ليست من جنائنه ورب المال لم يحمل بينه وبينه وهذا يقتضي ان تلفه بجنائه مضمون عليه سواء حضر رب المال أو غاب بل وجوب الضمان في محل النزاع أرلى لان الفعل في ذلك الى الموضع مقصود لهامله والسقطة من الحال غير مقصودة له فاذا وجب الضمان ههنا فم أولى

(فصل) وذكر القاضي أنه اذا كان المستأجر على حمله عبيداً صفاراً أو كباراً فلا ضمان على المكاري فيما تلف من سوقه وقوده اذ لا يضمن بني آدم من جهة الاجارة لانه عقد على منفعة والاولى وجوب الضمان لان الضمان ههنا من جهة الجناية فوجب أن يعم بني آدم وغيرهم كسائر الجنائيات وما ذكره ينتقض بجناية الطيب والختان والله أعلم

(فصل) فأما الاجبر الخاص فهو الذي يستأجره مدة فلا ضمان عليه مالم يتعد قال أحمد في رواية

(مسئلة) (واقتلاع الضرس الذي اكثري لقلعه أو برؤه) وكذلك ان اكثري كحالا لا يكحل عينه فبرأت أو ذهبت انفسخ العقد لانه تعذر استيفاء العقود عليه أشبه مالم تعذر بالموت

(مسئلة) (فان اكثري داراً فانهدمت أو أرضاً للزرع فانقطعت ماؤها انفسخت الاجارة فيما بقي من المدة في أحد الوجهين وفي الآخر يثبت المستأجر خيار الفسخ)

وجملة ذلك أنه إذا حدث في العين المكثرة ما يمنع نفعها كدار انهدمت أو أرض غرقت أو انقطع ماؤها فمذ ينظر فيها فان لم يبق فيها نفع أصلاً فهي كالتالفة سواء ، وإن بقي فيها نفع غير ما استأجرها له مثل أن يمكن الانتفاع بعروة الدار أو الأرض لوضع حطب فيها أو وضع خيمة في الأرض الذي استأجرها للزرع أو صيد السمك من الأرض التي غرقت انفسخت الاجارة أيضاً لان المنفعة التي وتم العقد عليها تلفت فانفسخت الاجارة كما لو استأجر دابة ليركبها فزمنت بحيث لا تصلح إلا للدور في الرعي . وقال القاضي في الأرض التي انقطع ماؤها لا تنفسخ الاجارة فيها وهو منصوص الشافعي ، لان المنفعة لم تبطل جملة لانه يمكن الانتفاع بعروة الأرض بنصب خيمة أو جمع حطب فيها فأشبه مالم تقص نفعها مع بقائه ، فعلى هذا يخبر المتأجر بين الفسخ والامضاء ، فان فسخ لحسكه حكم العبد إذا مات ، وإن اختار إمضاء العقد فعليه جميع الاجرة لان ذلك عيب فاذا

هنا في رجل أمر غلامه بكيل لرجل بزرًا فسقط الرطل من يده فانكسر لاهمان عليه ، فقبل أليس هو بمنزلة القصار ؟ قال لا ، القصار مشترك ، قبل فرجل أكثرى رجلا يستقي ماء فكسر الجرة ؟ قال لا لاهمان عليه قيل له فان أكثرى رجلا يحرث له على بقرة فكسر الذي يحرث به ؟ قال فلا لاهمان عليه وهذا مذهب مالك وأبي حنيفة وأصحابه وظاهر مذهب الشافعي وله قول آخر أن جميع الأجراء يضمنون وروى في مسنده عن علي رضي الله عنه انه كان يضمن الأجراء ويقول لا يصلح الناس الا هذا

ولنا أن عمله غير مضمون عليه فلم يضمن ما تلف به كالتقصاص وقطع يد السارق ، وخبر علي رضي الله عنه وكرم وجهه مرسل والصحيح فيه انه كان يضمن الصباغ والصواغ ، وإن روي مطاوعا حمل على هذا فان المطاوع يحمل على المقيد ولأن الأجير الخاص نائب عن المالك في صرف منفعته إلى مأموره به فلم يضمن من غير تعد كالوكيل والمضارب ، فأما ما تلف بتعديبه فيجب ضمانه ، مثل الحياز الذي يسرف في الوقود أو يلزقه قبل وقته أو يتركه بعد وقته حتى يحترق لانه تالف بتعديبه فضمنه كغير الأجير

(فصل) وإذا استأجر الأجير المشترك أجيرا خاصا كالخياط في دكان يستأجر أجيرا مدة يستعمله فيها فتقبل صاحب الدكان خياطة ثوب ودفعه إلى أجيره فخرقه أو أفسده لم يضمنه لانه أجير خاص ويضمنه صاحب الدكان لانه أجير مشترك

(فصل) إذا تلف الصانع الثوب بعد عمله فصاحبه مخير بين تضمينه إياه غير معمر ولا أجر عليه

رضي به سقط حكمه فان لم يختار الفسخ ولا الامضاء إما لجهله بان له الفسخ أو لغير ذلك فله الفسخ بعد ذلك والاول أصح لان بقاء غير المعقود عليه لا يمنع انفساخ العقد بتلف المعقود عليه كالأعيان في البيع ، ولو كان النفع الباقي في العين مما لا يباح استيفاؤه بالعقد كدابة استأجرها لركوب فصار لا تصالح الا لحمل أو بالعكس انفسخ العقد وجها واحداً لان المنفعة الباقية لا يملك استيفاؤها مع سلامتها فلا يملكها مع تعيينها كبيعها ، فاما ان أمكن الانتفاع بالعين وفيها أكثرها له على نعت من التصور مثل أن يمكنه زرع الأرض بغير ماء أو كان الماء منحصرا عن الأرض التي غرقت على وجه يمنع بعض الزراعة أو يسوء الزرع أو كان يمكنه سكنى ساحة الدار إما في خيمة أو غيرها لم تنفسخ الاجارة لان المنفعة المعقود عليها لم تنزل بالكلية فأشبهه ما لو تعيبت وللمستأجر خيار الفسخ على ما ذكرنا إلا في الدار إذا تهدمت فبيها وجهان (أحدهما) لا تنفسخ الاجارة (والثاني) تنفسخ لانه زال اسمها بهدمها وذهبت المنفعة التي قصد منها ولذلك لا يستأجر أحد عرصة دار ليسكنها فاما إن كان الحادث في العين لا يضرها كغرق الأرض بما ينحسر عن قريب بحيث لا يمنع الزرع ولا يضره واقطاع الماء عنها إذا ساق المؤجر إليها ماء من مكان آخر أو كان انقطاعه في زمن لا يحتاج إليه فيه فليس للمستأجر الفسخ لان هذا ليس بعيب ، وإن حدث الفرق المضر أو انقطاع الماء أو الهدم ببعض العين المستأجرة فلذلك البعض حكم نفسه في الفسخ أو ثبوت الخيار وللمكثري الخيار في بقية

وبين تضمينه إياه معمولاً ويدفع إليه أجره ، ولو وجب عليه ضمان المتاع الممول فصاحبه مخير بين تضمينه قيمته في الموضع الذي سلمه إليه ولا أجر له وبين تضمينه إياه في الموضع الذي أفسده ويعطيه الاجر إلى ذلك المكان ، وإنما كان كذلك لأنه إذا أحب تضمينه معمولاً أو في المكان الذي أفسده فيه فله ذلك لأنه ملكه في ذلك الموضع على تلك الصفة فذلك المطالبة بعوضه حينئذ ، وإن أحب تضمينه قبل ذلك فلان أجر العمل لا يلزمه قبل تمامه إليه وما سلم إليه فلا يلزمه

(فصل) إذا دفع إلى حائك غزلاً فقال انسجه لي عشرة أذرع في عرض ذراع انسجه زائداً على ما قدر له في الطول والعرض فلا أجر له في الزيادة لأنه غير مأثور بها وعليه ضمان نقص الغزل المنسوج فيها ، فأما ما عدا الزائد فينظر فيه فإن كان جاء به زائداً في الطول وحده ولم ينتقص الأصل بالزيادة فله ما سمي له من الاجر كما لو استأجره على أن يضرب له مائة لبنة فضرب له مائتين فإن جاء به زائداً في العرض وحده أو فيه ما خفيه وجهان (أحدهما) لا أجر له لأنه مخالف لأمر المستأجر فلم يستحق شيئاً كما لو استأجره على بناء حائط عرض ذراع فبناه عرض ذراعين (والثاني) له المسمى لأنه زاد على ما أمر به فأشبهه بزيادة الطول ، ومن قال بالوجه الأول فرق بين الطول والعرض بأن يمكن قطع الزائد في الطول ويبقى اثوب على ما أراد ولا يمكن ذلك في العرض ، وأما إن جاء به ناقصاً في الطول والعرض أو في أحدهما ففيه أيضاً وجهان (أحدهما) لا أجر له وعليه

العين لأن الصفة تبعضت عليه فإن اختار الامساك أمك بالحصه من الاجر كما إذا تلف أحد القنبرين من الطعام في يد البائع

(مسألة) (ولا تنفسخ بموت المكثري أو المكري)

وهذا قول مالك والشافعي وإسحاق والبيهقي وأبي ثور وابن المنذر ، وقال الثوري وأصحاب الرأي ولا يثبت تنفسخ لاجارة بموت أحدهما لأن استيفاء المنفعة يتعذر بالموت لأنه استحق بالمقد استيفائها على ملك المؤجر فإذا مات زال ملكه عن العين فانتقلت إلى ورثته فالتناغم تحدث على ملك الوارث فلا يستحق المستأجر استيفائها لأنه ماعقد مع الوارث ، وإذا مات المستأجر لم يمكن إيجاب الاجر في تركه

ولنا أنه عند لازم فلم ينفسخ بموت العائد مع سلامة للعقود عليه كما لو زوج أمته ثم مات ، وما ذكره لا يصح لانا قد بينا أن المستأجر قد ملك التناغم ، وإن الاجرة قد ملكت عليه كالمدة في وقت العقد على ما ذكره ، ويلزمهم مالو زوج أمته ثم مات ولو صح ما ذكره ولكن وجوب الاجر ههنا بسبب من المستأجر فوجب في تركه بعد موته كما لو حفر بئراً فوق فيها شيء بعد موته ضمنه في ماله لأن سبب ذلك كان منه في حياته كذا ههنا

(مسألة) (ولا تنفسخ بعذر لأحدهما مثل أن يكثري للحج فتضيع نفقته أوردنا فيحرق متاعه)

وهذا قول مالك والشافعي وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة وأصحابه يجوز للمكثري فسحها لعذر

ضمان نقص الغزل لانه يخالف لما أمر به فاشبه ما لو استأجره على بناء حائط عرض ذراع فبناه عرض نصف ذراع [واثنائي] له بمحضته من المسمى كمن استؤجر على ضرب لبن فغرب بعضه ، ويحتمل انه ان جاء به ناقصا في العرض فلا شيء له ، وان كان ناقصا في الطول فله بمحضته من المسمى لما ذكرنا من الفرق بين الطول والعرض ، وان جاء به زائدا في أحدهما ناقصا في الآخر فلا أجر له في الزائد وهو في الناقص على ما ذكرنا من التفصيل فيه . وقال محمد بن الحسن في الموضوعين يخير صاحب اثوب بين دفع اثوب إلى النسيج ومطالبة بتمن غزله وبين أن يأخذه ويدفع إليه المسمى في زائد أو بمحصة المنسوج في الناقص لان غرضه لم يعلم له لانه ينتفع بالطويل ما لا ينتفع بالتقصير وينتفع بالتقصير ما لا ينتفع بالطويل فكأنه أنلف عليه غزله

ولما أنه وجد عين ماله فلم يكن له المطالبة بعرضه كما لو جاء به زائدا في الطول وحده ، فأما ان أثرت الزيادة أو النقص في الاصل مثل أن يأمره بنسج عشرة أذرع ليكون اثوب خفيفا فنسجه خمسة عشرة فصار صفيقا أو أمره بنسج خمسة عشر ليكون صفيقا فنسجه عشرة فصار خفيفا فلا أجر له بحال وعليه ضمان نقص الغزل لانه لم يأت بشيء مما أمره

(فصل) اذا دفع الى خياط ثوبا فقال إن كان يقطع قيصا فاقطعنا فقال هو يقطع ويقطعه فلم يكف فعليه ضمانه ، وإذ قال انظر هذا يكفيني قيصا قال نعم قال اقطعه فقطعه فلم يكفه لم يضمن . بهذا قل الشافعي وأصحاب الرأي وقل أبو ثور لاضمان عليه في المستثنين لانه لو كان غره في الاولى لكان قد غره في الثانية

في نفسه مثل أن يكثري جملا ليحج عليه فيعرض فلا يتمكن من الخروج أو تضيق نفقته ، أو يكثري دكانا ليز فيحترق مناعه وما أشبه هذا لان هذا العذر يتعذر معه استيفاء المنفعة المعقود عليها ذلك به النسخ كما لو استأجر عبدا فابق

ولما أنه عقد لا يجوز فسخه لتبطل عذر لم يجوز له عذر في غير المعقود عليه كالباع ولانه لو جاز فسخه لعذر المكثري لجاز لعذر المكثري تسرية بين المتعاقدين ودفعاً لضرر عن كل واحد منهما ولم يجوز ثم فلا يجوز ههنا ، وينارق الا باق فانه عذر في المعقود عليه

(مسألة) (وإن غصبت العين خير المستأجر بين الفسخ والامضاء ومطالبة الغاصب بأجرة المثل) إذا غصبت العين المستأجرة فله المستأجر الفسخ لان فيه تأخر حقه فان فسخ فالحكم كما لو انفسخ العقد بتلف العين وإن لم يفسخ حتى انقضت مدة الاجارة فله الخيار بين انفسخ والرجوع بالمسمى وبين البقاء على العقد ومطالبة الغاصب بأجر المثل لان المعقود عليه لم ينت مطلقاً بل الى بدل وهو القيمة فاشبه ما لو أنلف الثمرة لمبيعة آدمي قبل قطعها ، ويتخرج انفساخ العقد بكل حال على الرواية التي تقول إن منافع الغصب لا تضمن وهو قول أصحاب الرأي ولا صاحب الشافعي في ذلك اختلاف فان ردت العين في أثناء المدة ولم يكن فسخ استوفى ما بقي منها ويكون فيما مضى من المدة

ولنا أنه إنما أذن له في الأولى بشرط كفايته فقطعه بدون شرطه وفي الثانية أذن له من غير شرط فافترا ولم يجب عليه الضمان في الأولى لتعريضه بل لعدم الأذن في قطعه لأن أذنه مقيد بشرط كفايته فلا يكون أذنا في غير ما وجد فيه الشرط بخلاف الثانية

(فصل) فإن أمره أن يقطع الثوب قيص رجل فقطعه قيص امرأة فعليه غرم ما بين قيمته صحيحا ومقطوعا لأن هذا قطع غير مأذون فيه فأشبهه بالوقت فقطعه من غير إذن ، وقبل يغرم ما بين قيص امرأة وقيص رجل لأنه مأذون في قيص في الجملة ، والأول أصح لأن المأذون فيه قيص موصوف بصفة فاذا قطع قيصا غيره لم يكن فاعلا لما أذن فيه فكان متعديا ابتداء القطع لذلك لا يستحق على التقطع أجراً ولو فعل ما أمر به لاستحق أجره

(فصل) وإن اختلفا فقال أذنت لي في قطعه قيص امرأة وقال بل أذنت لك في قطعه قيص رجل ، أو قل أذنت لي في قطعه قيصا قال بل قباء أو قال الصباغ أمرتني بصبغه أحر قال بل أسود فاقول قول الخياط والصباغ نص عليه أحد في رواية ابن منصور فقال القول قول الخياط والصباغ وهذا قول ابن أبي ليلى ، وقال مالك وأبو حنيفة وأبو ثور القول قول رب الثوب ، واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قال له قولان كالمذهبيين ومنهم من قال له قول ثالث أنهم ما يتحالفان كالمثاليين يتحالفان في الثمن ومنهم من قال الصحيح أن القول قول رب الثوب لأنهما اختلفا في صفة أذنه والقول قوله في أمر الأذن فكذلك في صفة ولأن الأصل عدم الأذن اختلف فيه فالقول قول من ينفيه

مخبراً كما ذكرنا ، وإن كانت الاجارة على عمل كخياطة ثوب أو حمل شيء الى موضع معين فغصب بجهل الذي يحمل عليه أو عبده الذي يخط له لم يفسخ العقد ، والله تأجر مطالبة الاجير بعوض المفصوب وإقامة من يعمل العمل لأن العقد على ما في الذمة كما لو وجد بالمسلم فيه عيباً فرده فإن تعذر البديل ثبت للمستأجر الخيار بين الفسخ والصبر إلى أن يقدر على العين المفصوبة فيستوفي منها

(فصل) فإن حدث خوف عام يمنع من سكنى المكان الذي فيه العين المستأجرة أو يمحصر البلد فيمتنع خروج المستأجر الى الأرض المستأجرة للزرع ونحو ذلك ثبت للمستأجر خيار الفسخ لأنه أمر غالب يمنع من استيفاء المنفعة فان ثبت الخيار كغصب العين ، ولو اكترى دابة ليركبها أو يحمل عليها الى موضع معين فانقطعت الطريق اليها لخوف حادث أو اكترى الى مكة فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق ملك كل واحد منهما ففسخ الاجارة ، وإن اختار ابقاها الى حين إمكان استيفاء المنفعة جاز لأن الحق لها ، فإنما إن كان الخوف خاصاً بالمستأجر كمن خاف وحده لقرب أعدائه من الموضع المستأجر أو غلوم في طريقه لم يملك الفسخ لأنه عذر يختص به لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلية أشبه مرضه ، وكذلك لو حبس أو مرض لأنه ترك استيفاء المنفعة لمعنى من جهة فلم يمنع ذلك وجوب أجرها عليه كما لو تركها اختياراً . قل الخرق : فإن جاء أمر غالب يمحصر المأجر عن منفعة ما وقع عليه العقد لزمه من الاجرة بقدر مدة انتفاعه وقد شرحناه

(المغني والشرح الكبير) بيان من يكون القول قوله في اختلافهما في خياطة الثوب ١١٣

ولنا انهما اتفقا في الاذن واختلغا في صفته فكان القول قول المأذون له كالمضارب اذا قال أذنت لي في البيع ذمًا، ولانهما اتفقا على ملك الخياط الأتطع والصباغ الصبغ والظاهر أنه فعل مملوكه واختلغا في لزوم الغرم له والاصل عدمه، فلي هذا يحاف الخياط والصباغ بالله لقد أذنت لي في قطعه قبا، وصبغة أحمر ويسقط عنه الغرم ويكون له أجر مثله لانه ثبت وجود فعله المأذون فيه بعوض ولا يستحق المسمى لان المسمى ثبت بقوله ودعواه فلا يبحث بيمينه ولان النبي ﷺ قال « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » أخرجه مسلم فأما المسمى في العقد فأما يعترف رب الثوب بتسميته أجرا وقطعه قبضا وصبغة أسود، فأما من قال القول قول رب الثوب فإنه يحلف بالله ما أذنت في قطعه قبا ولا صبغة أحمر ويسقط عنه المسمى ولا يجب للخياط والصباغ شيء، لانهما فلا غير ما أذن لهما فيه، وذكر ابن أبي موسى عن أحمد رواية أخرى أن صاحب الثوب اذا لم يكن ممن يلبس الأقبية والسواد قال القول قوله وعلى الصانع غرم ما تنص باقطعه وضمان ما أفسد ولا أجر له لان قرينة حال رب المال تدل على صدق فتراجع دعواه بهما كالأختلاف في حائط لأحدهما عليه عقد أو أجاز رجعتنا دعواه بذلك وان اختلف الزوجان في متاع البيت رجعتنا دعوى كل واحد منهما فيما يصلح له، ولو اختلف صانعا في الآلة التي في دكانهما رجعتنا قول كل واحد منهما في آلة صناعته، فلي هذا يحاف رب الثوب ما أذنت لك في قطعه قبا، ويكفي هذا لانه يبتغي به الاذن فيصير قاطعا لغير ما أذن فيه فان كان القبا مخيطا

(مسألة) (ومن استؤجر لعمل شيء، فرض أقيم مقامه من يعمله والاجر عليه)

لا خلاف بين أهل العلم في جواز استئجار الآدمي، وقد أجر موسى عليه السلام نفسه لرعي الغنم واستأجر النبي ﷺ وأبو بكر رجلا ليدلها على الطريق، ولانه يجوز الانتفاع به مع بقاء عينه فجازت اجارته كالذور. ثم إجارته تنقسم قسمين (أحدهما) استئجاره مدة بعينه لعمل معين كاجارة موسى عليه السلام نفسه ثمانين حجج لرعي الغنم (والثاني) استئجاره على معين في الدمة كاستئجار النبي ﷺ وأبي بكر رجلا ليدلها على الطريق، واستئجار رجل لخياطة قبص أو بناء حائط، ويتنوع ذلك بنوعين (أحدهما) أن تقع الاجارة على عين كاجارة عبده لرعاية الغنم أو ولده لعمل معين (والثاني) أن تقع على عمل في الدمة كخياطة قبص وبناء حائط، ففي كانت على عمل في ذاته فرض وجب عليه أن يقيم مقامه من يعمله لانه حق وجب في ذاته فوجب عليه إيفاءه كالسلم، فيه ولا يلزم المستأجر انظاره لان العقد باطلا فله يقتضي التعجيل وفي التأخير إضرار به، فأما إن كانت الاجارة على عينه في مدة أو غيرها فرض لم يقيم غيره مقامه لان الاجارة وقعت على عمله بعينه لا على شيء في ذاته وعمله غيره ليس بمعهود عليه فأشبهه مالو اشترى معينا لم يجوز أن يدفع اليه غيره ولا يبدله له بخلاف مالو وقع في الدمة فإنه يجوز ابدال المعيب ولا يفسخ العقد بتلف ما يسله والمبيع المعين بخلافه فكذلك الاجارة فان كانت الاجارة على عمل في الدمة لكن لا يقوم غير الاجير مقامه كالنسخ فإنه يخلف القصد فيه باختلاف الخطوط لم يكلف إقامة

يجب أن لا يملك لم يملك الحياض فتقه وكان المالكه أخذت مخطا بلا عرض لانا عمل في ملك غيره عملا مجرداً عن عين مملوكة له فلم يكن له إزالته كما لو نقل ملك غيره من موضع إلى موضع لم يكن له رده إذا رضي صاحبه بتركه فيه ، وإن كانت الحياض لا يملكها فله نزعها لأنها عين ماله ولا يلزمه أخذ قيمتها لأنها ملكه ولا يتلف بأخذها ماله حرمة ، فلن انتفا على تعويضه عنها جاز لأن الحق لها ، وإن قال رب اثوب أنا أشد في كل خيط خيطا حتى إذا سلمه عادى يطرب الثوب في مكانه لم يلزم الحياض الإجابة إلى ذلك لأنه انتفاع بالملك ، وحكم الصباغ في قلم الصبغ إن أحسبه وفي غير ذلك من أحكامه حكم صبغ الغاصب على مامضى في بابه ، والذي يقوى عندي أن القول قول رب الثوب لما ذكرنا في دليلهم

(فصل) وكل من استؤجر على عمل في عين فلا يخلو إما أن يوقعه وهي في يد الاجير كالصباغ يصبغ في حانوته والخياط في دكانه فلا يبرأ من العمل حتى يسلمها إلى المستأجر ولا يستحق الاجر حتى يسلمه مفروغا منه لأن المعقود عليه في مدة فلا يبرأ منه ما لم يسلمه إلى العاقد كالمبيع من الطعام لا يبرأ منه قبل تسليمه إلى المشتري . وأما إن كان يوقع العمل في ملك المستأجر مثل أن يحضره المستأجر إلى داره ليخيط فيها أو يصبغ فيها فانه يبرأ من العمل ويستحق أجره بمجرد عمله لأنه في يد المستأجر فيصير مسلما لعمل حاله حالا ، ولو استأجر رجلا يبنّي له حائطا في داره أو يحفر فيها بئرا لبري من العمل واستحق أجره بمجرد عمله ولو كانت البئر في الصحراء أو الحائط لم يبرأ بمجرد العمل ولو انتهزت

غيره وقامه ولا يلزم المستأجر قبول ذلك أن بذله الاجير لأن العوض لا يحصل من غير التامخ كعوضه منه فأشبهه ماله أسلم إليه في نوع فسلم إليه غيره وكذلك كل ما يختلف باختلاف الأعيان

(مسألة) (وان وجد العين معيبة فله الفسخ)

كما لو وجد المبيع معيبا وقد ذكرناه ، وإن حدث بها عيب فله الفسخ وأجرة ماضية لأن البائع لا يحصل قبضها إلا بالاستيفاء فهي كالكيل يتعيب قبل قبضه فان بادر المكري إلى إزالة العيب من غير ضرر بلحق المستأجر كدار تشعت فأصلحها ، ولا خيار للمستأجر لعدم الضرر والافسوخ ، وإن سكنها مع عيبها فعليه الأجرة علم أو لم يعلم لأنه استوفى جميع المعقود عليه معيبا فلزمه البدل كالبيع المعيب إذا رضيه

(مسألة) (ويجوز بيع العين المستأجرة ولا تنفسخ الإجارة إلا أن يشتريها المستأجر فتفسخ في إحدى الروايتين)

يصح بيع العين المستأجرة نص عليه أحمد سواء باعها للمستأجر أو لغيره وهو أحد قولي الشافعي وقال في الآخر أن باعها لغير المستأجر لم يصح لأن يد المستأجر تمنع التسليم إلى المشتري فنهت المصحة كافي بيع المنصوب

ولنا أن الإجارة عقد على المنافع فلم تمنع المصحة بيع الأمانة إذا زوجها ، فلو لم يد المستأجر تمنع

عقيب الحفر أو الحائط بعد بنائه وقبل تسليمه لم يبرأ من العمل نص عليه أحمد في رواية ابن منصور فانه إذا قال استعمل الف ليلة في كذا وكذا فعلم ثم سقط له الكراء ، وأما الاجير الخاص فيستحق أجره بمضي المدة سواء تلف ماعمله أو لم يتلف نص عليه أحمد فقال إذا استأجره يوماً فعلم وسقط عند الأقل ماعمله الكراء وذلك لانه إنما يلزمه تسليم نفسه وعمل ما يستعمل فيه وقد وجد ذلك منه بخلاف الاجير المشترك ولو استأجر أجيراً ليبنى له حائطاً طوله عشرة أذرع فبنى بعضه فسقط لم يستحق شيئاً حتى يتممه سواء كان في ملك المستأجر أو في غيره لان الاستحقاق مشروط بتمامه ولم يوجد قال أحمد إذا قبل له ارفع حائطاً كذا وكذا ذراعاً فعليه أن يوفيه فان سقط فعليه التمام وكذا لو استأجره ليحفر له بئراً عمقها عشرة أذرع فحفر منها خمسة وانهار فيها تراب من جوانبها لم يستحق شيئاً حتى يتم حفرها

(مسئلة) قال (وان تلفت من حرز فلا ضمان عليه ولا اجر له فيما عمل فيها)

اختلفت الرواية عن أحمد في الاجير المشترك إذا تلفت العين من حرزه من غير تعد منه ولا تفريط فروي عنه لا يضمن نص عليه في رواية ابن منصور وهو قول طائفة وعطاء وأبي حنيفة وزفر وقول الشافعي وروي عن أحمد إن كان هلاكه ما استطاع ضمه وان كان غرقاً أو عبدوا غلبا فلا

التسليم لا يصح لان يد المستأجر إنما هي على المانع والبيع على الرقبة فلا ينعى ثبوت البطلان على أحدهما تسليم الآخر كالأبواب المزوجة ولانها منعت التسليم في الحال فلا ينعى في الوقت الذي يجب التسليم فيه وهو عند انقضاء الاجارة ويكفي القدرة على التسليم حينئذ كالمسلم فيه وقال أبو حنيفة البيع موقوف على اجارة المستأجر فان أجازته جاز وبطلت الاجارة وان رده بطل

ولما أن البيع على غير المقود عليه في الاجارة لم تعتبر اجازته كبيع الامة المزوجة . اذا ثبت هذا فان المشتري يملك المبيع مسلوب المنفعة إلى حين انقضاء الاجارة ولا يستحق تسليم العين إلا حينئذ لان تسليم العين إنما يراد لاستيفاء نفعها وإنما يستحق نفعها إذا انقضت الاجارة فهو كمن اشترى عينا في مكان بعيد لا يستحق تسليمها إلا بعد مضي مدة يمكن احضارها فيه وكالمسلم الى وقت لا يستحق تسليم المسلم فيه الا في وقته ، فان لم يعلم المشتري بالاجارة خير بين الفسخ وامضاء البيع بكل الثمن لان ذلك ميب وتقص (فصل) ويصح بيعها للمستأجر لانه اذا صح بيعها لغيره فله أولى لان العين في يده وهل تبطل الاجارة فيه وجهان (أحدهما) لا تبطل لانه ملك المنفعة ثم ملك الرقبة المسلوقة بعقد آخر فلم يتناقيا كما يملك الثمرة بعقد ثم يملك الاصل بعقد آخر ، ولو أجر المرمى له بالمنفعة ملك الرقبة صححت الاجارة فدل على أن ملك المنفعة لا ينافي العقد على الرقبة ولذلك لو استأجر المالك العين المستأجرة من مستأجرها جاز ، فعلى هذا يكون الاجر باقياً على المشتري وعليه الثمن ويجمعان لبيان كماله لو كان المشتري غيره

ضمان قال أحمد رحمه الله عليه في رواية أبي طالب إذا جنت يده أو ضاع من بين متاعه ضمانه وإن كان عدواً أو غرقاً فلا ضمان ونحو هذا قال أبو يوسف، والصحيح في المذهب الأول وهذه الرواية تحتل أنه إنما أوجب عليه الضمان إذا تلف من بين متاعه خاصة لأنه يتهم ولهذا قال في الودعة في رواية إنها تضمن إذا ذهبت من بين ماله فاما غير ذلك فلا ضمان عليه لأن تخصيصه التضمن بها إذا تلف من بين متاعه يدل على أنه لا يضمن إذا تلف مع متاعه ولأنه إذا لم يكن منه تفریط ولا عدوان فلا يجب عليه الضمان كما لو تلفت بامر غالب، وقال مالك وابن أبي ليلى يضمن بكل حال لقول النبي ﷺ « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » ولأنه قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق فلزمه ضمانها كالمستعير ولنا أنها عين مقبوضة بعقد الاجارة لم ينقلها بفعله فلم يضمنها كالعين المستأجرة، ولأنه قبضها باذن مالكها لنعم يعود اليها فلم يضمنها كالمضارب والشريك والمستأجر وكما لو تلفت بامر غالب، وبخلاف العارية فإنه يتفرد بنفعها والخبر مخصوص بما ذكرنا من الاصول فيخص محل النزاع بالقياس عليها إذا ثبت هذا فإنه لا اجر له فيما عمل فيها لأنه لم يسلم عمله الى المستأجر فلم يستحق عوضه كالمبيع من الطعام إذا تلف في يد البائع قبل تسليمه

(فصل) وإذا حبس الصانع اثيوب بعد عمله على استيفاء الاجر فتلف ضمانه لأنه لم يرهنه عنده ولا أذن له في إمساكه فلزمه الضمان كالغاصب

(والثاني) تبطل الاجارة فيما بقي من المدة لأنه عقد على منفعة العين فبطلت بملك العاقد الرقية كما لو تزوج أمة ثم اشتراها بطل نكاحه ولأن ملك الرقية يمنع ابتداء الاجارة فمنع استدامتها كالنكاح، فعلى هذا يستقطع عن المشتري الاجر فيما بقي من مدة الاجارة كما لو بطلت الاجارة بتلف العين وإن كان المؤجر قد قبض الاجر كله حسبه عليه من الثمن إن كان من جنس الثمن

(فصل) فإن رد المستأجر العين المستأجرة فالحكم فيه كما لو اشتراها في بطلان الاجارة وبقيائها فلو اشتجر انسان من أبيه داراً ثم مات الاب وخلف ابنين (أحدهما) المستأجر فلدار بينهما نصفين والمستأجر أحق بمنفعتهما لأن النصف الذي لأخيه الاجارة باقية فيه والنصف الذي ورثه يستحقه اما بحكم الملك أو بحكم الاجارة وما عليه من الاجرة بينهما نصفين، فإن كان أبوه قد قبض الاجر لم يرجع على أخيه بشيء منه ولا على تركه أبيه ويكون ما خلفه أبوه بينهما نصفين لأنه لو رجع بشيء أففى الى أن يكون قد ورث النصف بمنفعته وورث أخوه نصفاً مملوك المنفعة والله سبحانه قد سوى بينهما في الميراث ولأنه لو رجع بنصف أجر النصف الذي انتقضت الاجارة فيه لوجب أن يرجع أخوه بنصف المنفعة التي بطلت الاجارة فيها إذ لا يمكن أن يجمع له بين المنفعة وأخذ عوضها من غيره

(فصل) فإن اشترى المستأجر العين فوجدها معيبة فردها فإن قلنا لا تنسخ الاجارة بالبيع فهي باقية بعد رد العين كما كانت قبل البيع، وإن قلنا قد انفسخت فالحكم فيها كما لو انفسخت بتلف الدين

(فصل) إذا أخطأ القصار فدفع الثوب إلى غير مالكة فعليه ضمانه لانه قوته على مالكة . قال أحمد يقرم القصار ولا يسع المدفوع اليه لبسه إذا علم أنه ليس ثوبه وعليه رده إلى القصار ويطالبه بثوبه ، فإن لم يعلم القابض حتى قطعه ولبسه ثم علم رده مقطوعا وضمن ارش القطع وله مطالبة بثوبه إن كان موجوداً ، وإن هلك عند القصار فهل يضمنه ؟ فيه روايتان (إحداهما) يضمنه لانه أمسكه بغير إذن صاحبه بعد طلبه فضمنه كما لو علم (والثانية) لا يضمنه لانه لم يمكنه رده فأشبهه مالو عجز عن دفعه لمرض (فصل) والعين المستأجرة أمانة في يد المستأجر إن تلفت بغير تفريط لم يضمنها . قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يسئل عن الذين يكررون المظال أو الخيمة إلى مكة فيذهب من المكتري بسرقة أو بذهاب هل يضمن ؟ قال أرجو أن لا يضمن وكيف يضمن ؟ إذا ذهب لا يضمن ، ولا نعلم في هذا خلافاً وذلك لانه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها فكانت أمانة كما لو قبض العبد الموصى له بخدمة سنة أو قبض الزوج امرأته الأمانة ويخالف العارية فانه لا يستحق منفعتها ، وإذا انقضت المدة فعليه رفع يده وليس عليه الرد أو ماله في رواية ابن منصور ، فقيل له إذا اشترى دابة أو استعار أو استوعج فليس عليه أن يحمله فقال أحمد : من استعار شيئاً فعليه رده من حيث أخذه فأوجب الرد في العارية ولم يوجب في الاجارة والوديعة ، ووجهه أنه عقد لا يقتضي الضمان فلا يقتضي رده ومؤنته كالوديعة . وفارق العارية فان ضمانها يجب فكذلك ردها ، وعلى هذا متى انقضت المدة كانت العين في يده أمانة

فان كان المشتري أجنبياً فرد المستأجر الاجارة لعيب فينبغي أن تعود المنفعة إلى البائت لانه يستحق عوضها على المستأجر وإذا سقط العوض عاد اليه المعوض ، ولان المشتري ملك العين مسلوقة المنفعة مدة الاجارة فلا يرجع اليه ما لم يملكه ، وقال بعض أصحاب الشافعي يرجع إلى المشتري لان المنفعة تابعة للرقبة وإنما استحققت بعد الاجارة فاذا زالت عادت اليه كما لو اشترى أمة مزوجة نطقها الزوج قال شيخنا ولا يصح هذا القياس لان منفعة البضم قد استقر عوضها للبائت بمجرد دخول الزوج بها ولا ينقسم العوض على المدة ولهذا لا يرجع الزوج بشيء من الصداق فيما إذا انفسخ النكاح أو وقع الطلاق بخلاف الاجر في الاجارة فان المؤجر يستحق الاجر في مقابلة المنفعة مقدوماً على مدتها فاذا كان له عوض المنفعة المستقبلية فزال بالفسخ رجع اليه بعوضها وهو المنفعة ، ولان منفعة البضم لا يجوز أن يملك بغير ملك الرقبة أو النكاح فلو رجعت إلى البائت للملكت بغيرها ولانها مما لا يجوز للزوج نقلها إلى غيره ولا المعاوضة عنها ومنفعة البدن بخلافها

(فصل) وإذا وقعت الاجارة على عين كن استأجر عبداً للخدمة أو المرعي فتألف انفسخ العقد وقد ذكرناه وإن خرجت العين مستحقة تبيناً أن العقد باطل وان وجد بهاء عيباً فردها انفسخ العقد أيضاً ولم يملك إيداعها لان العقد على معين فنثبت هذه الاحكام كن اشترى عيناً ، وإن وقعت على عين موصوفة في الذمة انعكست هذه الاحكام فنسلم اليه عيناً تلفت أو خرجت موصوبة أو وجد بهاء عيباً فردها لم تنفسخ الاجارة

كالوديعة ان تلفت من غير تفريط فلا ضمان عليه ، وهذا قول بعض الشافعية ، وقال بعضهم يضمن لانه بسد انقضاء الاجارة غير مأذون له في امساكها أشبه العارية المؤقتة بعد وقتها
ولما أنها أمانة أشبهت الوديعة ولانه لو وجب ضمانها لوجب ردها وأما العارية فانها مضمونة في كل حال بخلاف مسئلتنا ولانه يجب ردها ، وعلى كل حال متى طلبها صاحبها وجب تسليمها اليه فان امتنع من ردها لغير عذر صارت مضمونة كالمفصولة

(فصل) فان شرط المأجور على المستأجر ضمان العين فالشرط فاسد لانه يناقض مقتضى العقد ، وهل تفسد الاجارة به ؟ فيه وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع . قال أحد فيما اذا شرط ضمان العين : الكراء والضمان مكروه . وروى الاثرم بإسناده عن ابن عمر قال لا يصلح الكراء بالغمان ، وعن فقهاء المدينة أنهم كانوا يقولون لا نكتري بضمان الا انهم من شرط على كربي انه لا ينزل متاعه بطن واد أو لا يسير به ليلا مع أشباه هذه الشروط فتعدى ذلك فتلف شيء مما حمل في ذلك التعدي فهو ضامن فأما غير ذلك فلا يصح شرط الضمان فيه وان شرطه لم يصح الشرط لان ما لا يجب ضمانه لا يصبره الشرط مضمونا ، وما يجب ضمانه لا يتفي ضمانه بشرط فيه ، وعن أحد انه سئل عن ذلك فقال المسلمون على شروطهم ، وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه ووجوبه بشرطه لقوله ﷺ « المسلمون على شروطهم » فأما ان أكره عينا رشرط عليه أن لا يسير بها في الليل أو وقت القائلة أو لا يتأخر بها عن

ولزم الدوحر ابدالها لان الدعة ودعاليه غير هذه العين وهذه بدل عنها فلم يؤثر ذلك في ابطال العقد كما لو اشترى بثمر في الدعة على ما قرر في موضعه ، فان قيل فقد قلتم فيمن أكثرى جملا ليركه جاز أن يركبه من هو مثله ولو أكثرى أرضا لزرع شيء بعينه جاز له زرع ما هو مثله أو دونه في الضرر فلم قلتم اذا أكثرى جملا بعينه لا يجوز أن يبدله قلنا : المقود عليه منفعة العين فلم يجوز أن يدفع اليه غير المقود عليه كالأكثرى عينا لا يجوز ان يأخذ غيرها والراكب غير مقود عليه إنما هو مستوف للمنفعة وإنما يشترط معرفته لتقدير به المنفعة لا لكونه مقوداً عليه وكذلك الزرع في الارض قائما بعين يعرف به قدر المنفعة المستوقة فيجوز الاستيفاء بغيرها كالأكثرى وكل المشتري غيره في استيفاء المبيع الا ترى أنه لو تاف البعير أو الارض انفسخت الاجارة ولو مات الراكب أو تاف البذر لم تنفسخ وجاز أن يقوم غيره مقامه فانفرقا

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (ولا ضمان على الاجير الخاص وهو الذي يسلم نفسه الى المستأجر فيما تليف في يده الا ان يتعدى)

وجملته ان الاجير على ضربين خاص ومشارك : فالخاص الذي يقع العقد عليه في مدة معلومة يستحق المستأجر فقهه في جميعها كمن استأجر لخدمة أو خياطة أو رعاية شهراً أو سنة ، سمي خاصاً لان المستأجر يختص بنفسه في تلك المدة دون سائر الناس والمشارك الذي يقع العقد به على عمل معين

القافلة أو لا يحمل سيره في آخرها أو لا يسلك بها الطريق الغلانية وأشباه هذا مما له فيه غرض يخالف ضمن لأنه متعد للشرط كونه فضمن ما تلف به كالمو شرط عليه أن لا يحمل عليها الا فقيزاً فحمل اثنين (فصل) وان كانت الاجارة فاسدة لم يضمن العين أيضاً اذا تلفت بغير تفریط ولا تعد لأنه عقد لا يقتضي الضمان صحیحه فلا يتنضیه فاسده كالوكالة والمضاربة ، وحكم كل عقد فاسد في وجوب الضمان حكم صحیحه فما وجب الضمان في صحیحه وجب في فاسده وما لم يجب في صحیحه لم يجب في فاسده

(فصل) والمستأجر ضرب الدابة بقدر ما جرت به العادة ويكبحها بالأجام للاستصلاح ويحرمها على السير للاحق القافلة ، وقد صح أن النبي ﷺ نحس بعير جابر وضربه وكان أبو بكر رضي الله عنه يخرش بعيره بمحجنه والمراض ضرب الدابة لتأديب وترتيب المشي والعدو والسير والمعلم ضرب الصبيان لتأديب ، قال الاثرم سئل أحمد عن ضرب المعلم الصبيان قال على قدر ذنوبهم ويتوق بحده الضرب واذا كان صغيراً لا يعقل فلا يضربه ومن ضرب من هؤلاء الضرب المأذون فيه لم يضمن ما تلف وبهذا في الدابة قال مالك والشافعي واسحاق وأبو ثور وأبو يوسف ومحمد ، وقال اثنوري وأبو حنيفة يضمن لأنه تلف بمجناته فضمنه كغير المستأجر وكذلك قال الشافعي في الملم يضرب الصبي لأنه يمكنه تأديبه بغير الضرب

ولنا انه تلف من فعل مستحق فلم يضمن كالمو تلف تحت الحمل ولان الضرب معنى تضمنه عقد

كخياطة ثوب أو بناء حائط وحمل شيء الى مكان معين أو على عمل في مدة لا يستحق جميع نفعه فيها كالكمحال والطبيب سمي مشتركاً لأنه يتقبل أعمالاً لاثنين أو أكثر في وقت واحد ويعمل لهم فيشتركون في منفعته فسمي مشتركاً لا شتراكم في منفعته ، فاما الاجير الخاص فلا ضمان عليه ما لم يتعد قال أحمد في رواية مهناني رجل أمر غلامه بكيال رجل بزرراً فسقط الرطل من يده فانكسر لاضمان عليه ، فقيل أليس هو بمنزلة القصار ؟ قال لا القصار مشترك قيل فرجل أكثرى رجلاً يستني ما فكسر الجرة ؟ فقال لا ضمان عليه قيل له فان أكثرى رجلاً يحرث له على بكرة فكسر الذي يحرث به ؟ قال لا ضمان عليه وهذا مذهب مالك وأبي حنيفة وأصحابه وظاهر مذهب الشافعي وله قول آخر أن جميع الاجراء يضمنون وروى في مسنده ان علياً كان يضمن الاجراء ويقول لا يصلح للناس الا هذا

ولنا أن عمله غير مضمون عليه فلم يضمن ما تلف به كاتصا ص و قطع يد السارق وخبر غلي مرسل والصحيح فيه أنه كان يضمن الصباغ والصواغ وان روي مطلقاً حمل على هذا فان المطلق يحمل على التقيد ولان الاجير الخاص نائب عن المالك في صرف منفعه الى ما أمره به فلم يضمن من غير تعد كالوكيل والمضارب . فاما ما تلف بتعمديه فعليه ضمانه مثل الخباز الذي يسرف في الوقود أو يلزقه قبل وقته أو يتركه بعد وقته حتى يحترق لأنه تلف بتعمديه فضمن كغير الاجير .

(فصل) وان استأجر الاجير المشترك أجيراً خاصاً كالخياط في دكان به تأجر أجيراً مدة يستعمله

الاجارة فاذا تلف منه لم يضمن كالركوب، وفارق غير المستأجر لانه متعدد، وقول الشافعي : يمكن التأديب بغير الضرب لا يصح فإن العادة خلافه ولو امكن التأديب بدون الضرب لما جاز الضرب اذ في ضرر وابلان مستغنى عنه . وان أسرف في هذا كله أو زاد على ما يحصل الغنى به أو ضرب من لا عقل له من الصبيان فعليه الضمان لانه متعدد حصل اتلاف بعدوانه

(مسئلة) قال (ولا ضمان على حجام ولا ختان ولا متطبب اذا عرف منهم حذق الصنعة ولم تجن أيديهم)

وجله ان هؤلاء إذا فعلوا ماأمروا به لم يضمنوا بشرطين [أحدهما] أن يكونوا ذوي حذق في صناعتهم ولم يها بصارة ومعرفة لانه اذا لم يكن كذلك لم يحل له مباشرة القطع واذا قطع مع هذا كان فعلا محرما فيضمن سرايته كالتقطع ابتداء [الثاني] أن لا تجني أيديهم فيتجاوزوا ما ينبغي أن يقطع ، فاذا وجد هذان الشرطان لم يضمنوا لانهم قطعوا قطعاً مأذونا فيه فلم يضمنوا سرايته كقطع الامام يد السارق أو فعل فعلاً مباحاً مأذونا في فعله أشبه ما ذكرنا ، فأما ان كان حاذقاً وجنت يده مثل أن تجاوز قطع الختان الى الحشفة أو الى بعضها أو قطع في غير محل القطع أو يقطع السلعة من انسان فيتجاوزها أو يقطع بألة كالة يكثر ألاما أو في وقت لا يصلح القطع فيه وأشياء هذا ضمن فيه كله لانه إتلاف لا

فيها فيقبل صاحب الدكان خياطة ثوب ودفعه الى أجير تخرقه أو أفسده لم يضمنه لانه أجبر خاص ويضمنه صاحب الدكان لانه أجبر مشترك

(مسئلة) (ويضمن الاجير المشترك ما جنت يده من تخريق الثوب وغلطاء في تفصيله)

قد ذكرنا ان الاجير المشترك هو الصانع الذي لا يختص المستأجر بنفعه فيضمن ما جنت يده كالحائك اذا أفسد حياكته فهو ضامن لما أفسد نص عليه أحمد في رواية ابن منصور والقصار ضامن لما يتخرق من دقه أو مده أو عصره أو بسطه والطباخ ضامن لما أفسد من طبيخه والحياز ضامن لما أفسد من خبزته والحمال يضمن لما يسقط من حملة عن دابته أو تلف من عثرته والجبال يضمن ما تلف بقوده وسوقه وانتطاع حبله الذي يشد به حملة والملاح يضمن ما تلف من مدة أو جذفه أو ما يعالج به السفينة ، روي ذلك عن عمر وعلى وعبد الله بن عتبة وشرح والحسن والحكم ، وهو قول أبي حنيفة ومالك وأحمد قول الشافعي وقال في الآخر لا يضمن ما لم يتعد قال الريم هذا مذهب الشافعي وإن لم يبح به يروي ذلك عن عطاء وطاوس وزفر ولانها عين مقبوضة بعقد الاجارة فلم تصرف مضمونة كالعين المستأجرة

ولنا ما روى جعفر بن محمد عن أبيه عن علي أنه كان يضمن الصباغ والصواغ وقال لا يصلح الناس الا على ذلك وروي الشافعي بإسناده عن علي أنه كان يضمن الاجراء ويقول لا يصلح الناس الا هذا

بمختلف ضمانه بالعمد والخطأ فأشبهه أنلاف المال ولأن هذا فعل محرم فيضمن سرايته كالقطع ابتداء وكذلك الحكم في النزاع والقاطم في القصاص وقاطم يد السارق ، وهذا مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافاً

(فصل) وإن ختن صبياً بغير إذن وليه أو قطع ساعداً من إنسان بغير إذنه أو من صبي بغير إذن وليه فسرت جنايته ضمن لأنه قطع غير مأذون فيه وإن فعل ذلك الحاكم أو من له ولاية عليه أو فعله من أذن له لم يضمن لأنه مأذون فيه شرعاً

(فصل) ويجوز الاستئجار على الختان والمداواة وقطع السلعة لا نعلم فيه خلافاً ولأنه فعل يحتاج إليه مأذون فيه شرعاً فجاز الاستئجار عليه كسائر الأفعال المباحة

(فصل) ويجوز أن يستأجر حجماً ليحجمه وأجره مباح وهذا اختيار أبي الخطاب وهذا قول ابن عباس قال أنا آكله وبه قال عكرمة والقاسم وأبو جعفر ومحمد بن علي بن الحسين وربيعة وبجبي الأنصاري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال القاضي لا يباح أجر الحجام وذكر أن أحمد نص عليه في مواضع وقال أعطي شيئاً من غير عقد ولا شرط فله أخذه ويصرفه في علف دوابه وطعمة عبيده ومؤنة صناعته ولا يحمل له أكلاً ، ومن كره كسب الحجام عثمان وأبو هريرة والحسن والنخعي وذلك لأن النبي ﷺ قال « كسب الحجام خيث » رواه مسلم وقال « اطعمه ناضحك ورققتك »

ولأن عمل الأجير المشترك مضمون عليه فما تولد منه يجب أن يكون مضموناً كالعقد وان يقطع عضو بخلاف الأجير الخاص والدليل على أن عمله مضمون عليه أنه لا يستحق العوض إلا بالعمل وإن الثوب لو تلف في حرزه بعد عمله لم يكن له أجر فيما عمل فيه وكان ذهاب عمله من ضمانه بخلاف الخاص فإنه إذا أمكن المستأجر من استعماله استحق العوض بمضي المدة وإن لم يعمل وما عمل فيه من شيء فتلف من حرزه لم يستطع أجره بتلفه

(فصل) ذكر القاضي أن الأجير المشترك إنما يضمن إذا كان يعمل في ملك نفسه كالخباز يخبز في تنوره والقصار والخياط في دكانيهما قال ولو دعا الرجل خبازاً يخبز له في داره أو خياطاً أو قصاراً ليقتصر ويخيط عنده لا ضمان عليه فيما أتلف ما لم يفرط لأنه سلم نفسه إلى المستأجر فصار كالأجير الخاص ولو كان صاحب المتاع مع الملاح في السفينة أو راكباً على الدابة فوق حمله فعطب الحمل لا ضمان على الملاح والمكاري لأن يد صاحب المتاع لم تزل ، ولو كان رب المتاع والجمال راكبين على الحمل فتلف حمله لم يضمن الجمل لأن رب المتاع لم يسلمه إليه ومذهب مالك والشافعي نحو هذا قال أصحاب الشافعي لو كان العمل في دكان الأجير والمستأجر حاضر أو اكترأه ليعمل له شيئاً وهو معه لم يضمن لأن يده عليه فلم يضمن من غير جناية ويجب له أجر عمله لأن يده عليه فكما عمل شيئاً صار مسلماً إليه ، وظاهر كلام الحارثي أنه لا فرق بين كونه في ملك نفسه أو ملك مستأجره أو كان صاحب العمل

ولنا ما روى ابن عباس قال : احتجم النبي ﷺ وأعطى الحجام أجره ولو علمه حراماً لم يعطه متفق عليه . وفي لفظ لو علمه خيئاً لم يعطه ، ولأنها منفعة مباحة لا يختص فاعلها أن يكون من أهل القرية فجاز الاستنجار عليها كائناً ، والحياطة ، ولأن بالناس حاجة إليها ولا نجد كل أحد متبرعاً بها فجاز الاستنجار عليها كالرضاع وقول النبي ﷺ في كسب الحجام « أطلعهم رقيقك » دليل على إباحة كسبه إذ غير جائز أن يطعم رقيقه ما يحرم أكله فإن الرقيق آدميون يحرم عليهم ما حرمه الله تعالى كما يحرم على الأحرار وتخصيص ذلك بما أعطيه من غير استنجار يحكم لا دليل عليه وتسميته كسباً خيئاً لا يلزم منه التحريم فقد سمى النبي ﷺ الثوم والبصل خيئين مع إباحتهما

وإنما كره النبي ﷺ ذلك لحر تنزيهاً للذات هذه الصناعة وليس عن أحد نص في تحريم كسب الحجام ولا الاستنجار عليها ، وإنما قال نحن نعطيه كما أعطى النبي ﷺ ونقول له كما قال النبي ﷺ لما سئل عن أكله نهام وقال « أعلفه الناضح والرقيق » وهذا معنى كلامه في جميع الروايات وليس هذا صريحاً في تحريمه بل فيه دليل على إباحته كما في قول النبي ﷺ وفعله على ما يندرج إظهاره للحجامة دليل على إباحته إذ لا يعطيه ما يحرم عليه وهو عليه السلام يعلم الناس وينهاهم عن المحرمات فكيف يعطيهم إياها ويمكثهم منها ، وأمره باطعام الرقيق منها دليل على الإباحة فيتعين حمل نهيه عن أكلها على الكراهة دون التحريم وكذلك قول الامام أحمد فإنه لم يخرج عن قول النبي ﷺ وفعله وإنما قصد اتباعه

حاضراً عنده أو غائباً أو كونه مع الملاح أو الجبل أولاً ولذا قال ابن عقيل ما تألف بجناية الملاح بجذفه أو بجناية المسكاري بشده المتاع ونحوه فهو مضمون عليه سواء كان صاحب المتاع معه أو لم يكن لأن وجوب الضمان عليه لجناية يده فلا فرق بين حضور المالك وغيبته كالعدوان ، ولأن جناية الجبل والملاح إذا كان صاحب المتاع ركباً معه نعم المتاع وصاحبه وتفریطه بهما فلم يسقط ذلك الضمان كما لو رمى انساناً متترساً فكسر ترسه وقتله ، ولأن الطليب والختان إذا جنت يداهما ضمناً مع حضور المطيب والختون ، وقد ذكر القاضي أنه لو كان حملاً يحمل على رأسه ورب المتاع معه فعثر فسقط المتاع فتألف ضمن وإن مرق لم يضمن لأنه في العثار تلف بجنائه والسرقة ليست من جنائنه ورب المال لم يحمل بينه وبينه وهذا يقتضي أن تلفه بجنائه مضمون عليه سواء حضر رب المال أو غاب بل وجوب الضمان في محل النزاع أولى لأن الفعل في ذلك المكان مقصود لفعله والبسطة من الحال غير مقصودة له فإذا وجب الضمان ههنا فم أولى

(فصل) وذكر القاضي أنه إذا كان المستاجر على حمله عبداً صفاراً أو كباراً فلا ضمان على المسكاري فيما تلف من سوقه وقوده إذ لا يضمن بني آدم من جهة الاجارة لانه عقد على منفعة ، والاولى وجوب الضمان لان الضمان ههنا من جهة الجناية فوجب أن يعم بني آدم وغيرهم كسائر الحيوانات وما ذكره ينتقض بجناية الطليب والختان

ﷺ وكذلك سائر من كرهه من الائمة يتعين حمل كلامهم على هذا ولا يكون في المسئلة قائل بالتحريم وإذا ثبت هذا فانه يكره للمحر أكل كسب الحجام ويكره تعلم صناعة الحجامه واجارة نفسه لها لما فيها من الاخبار ، ولان فيها دناءة فكره الدخول فيها كالكسح وعلى هذا يحيل قول الائمة القدين ذكرنا عنهم كراهتها جميعا بين الاخبار الواردة فيها وتوفيقا بين الادلة الدالة عليها والله أعلم

(فصل) فأما استنجار الحجام لغير الحجامه كالفصد وحلق الشعر وتقصير واختان وقطع شيء من الجسد للحاجة اليه فجائز لان قول النبي ﷺ « كسب الحجام خبيث » يعني بالحجامه كما نهى عن مهر البني أي فيه البغاء ، وكذلك لو كسب بصناعة أخرى لم يكن خبيثا بغير خلاف وهذا النهي مخالف لقياس مخصص بالمحل الذي ورد فيه ولان هذه الامور تدعو الحاجة اليها ولا تحريم فيها فجائز الاجارة فيها وأخذ الاجر عليها كسائر المنافع المباحة

(فصل) ويجوز أن يستاجر كحالا ليكمل عينه لانه عمل جائز ويمكن تسليمه ويحتاج أن يقدر ذلك بالمدة لان العمل غير مضبوط فيقدر به ويحتاج إلى بيان قدر ما يكمله مرة في كل يوم أو مرتين فأما ان قدرها بالبره فقال القاضي لا يجوز لانه غير معلوم

وقال ابن أبي موسى لا بأس بمشارطة الطيب على البره لان أبا سعيد حين رقى الرجل شارطه على البره والصحيح ان شاء الله أن هذا يجوز لكن يكون جمالة لاجارة فان الاجارة لا بد فيها من مدة أو

(مسئلة) (ولا ضمان عليه فيما تلف من حرزه أو بغير فعله ولا أجرة له فيما عمل فيه وعنه بضمن) اختلفت الرواية عن أحمد في الاجير المشترك اذا تلفت العين من حرزه من غير تعد منه ولا تفريط فروي عنه لا يضمن في رواية ابن منصور وهو قول طاوس وعطاء وأبي حنيفة وزفر وقول الشافعي ، وروي عن أحمد ان كان هلاكة بما استطاع ضمنه وان كان غرقا أو عذرا غالبا فلا ضمان عليه قال أحمد في رواية أبي طالب اذا جنت يده أو ضاع من بين متاعه ضمنه وان كان عدوا أو غرقا فلا ضمان ونحو هذا قال ابو يوسف، والصحيح في المذهب الاول وهذه الرواية تحتمل أنه انما أوجب عليه الضمان اذا تلف من بين متاعه خاصة لانه يتهم ولهذا قال في الودعية في رواية إنه يضمن اذا ذهبت من بين ماله فاما في غير ذلك فلا ضمان عليه لان تخصيصه التضمن بما اذا أتلف من بين ماله يدل على أنه لا يضمن إذا تلف مع متاعه، ولأنه إذا لم يكن منه تفريط ولا عدوان لم يجب عليه الضمان كما لو تلف بأمر غالب ، وقال مالك وابن أبي ليلى يضمن بكل حال لقول النبي ﷺ « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » ولأنه قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق فلزمه ضمانها كالمستعير

ولنا أنها عين مقبوضة بعقد الاجارة لم يتلفها بذله فلم يضمنها كالعين المستأجرة ولأن قبضها باذن مالكيها لنفع يعود اليها فلم يضمنها كالمضارب والشريك والمستأجر ويخالف العارية فانه يفرد بنفعها والخبر مخصوص بما ذكرنا من الاصول فتخص محل النزاع بالقياس عليها . إذا ثبت هذا

أو عمل معلوم فأما الجمالة فنجوز على عمل مجهول كرد القطة والآبق وحديث أبي سعيد في الرقة إنما كان جمالة فيجوز ههنا مثله . إذا ثبت هذا فإن الكحل إن كان من العليل جاز لأن آلات العمل تكون من المستأجر كالبني في البناء والطين والآجر ونحوها ، وإن شرطه على الكحل جاز وقال القاضي بمحتمل أن لا يجوز لأن الأعيان لا تملك بعقد الاجارة فلا يصح اشتراطه على العادل كالبني الحائط ولنا أن العادة جارية وبشق على العليل تحصيله وقد يعجز عنه بالسكينة فجاز ذلك كالصبيغ من الصباغ والابن في الرضاع والحبر والاقلام من الوراق وما ذكروه ينتقض به هذه الاصول ، وفارق ابن الحائط لأن العادة تحصيل المستأجر له ولا يشق ذلك بخلاف مسئلتنا ، وقال أصحاب مالك يجوز أن يستأجره لبيني له حائطا والآجر من عنده لأنه اشترط ما نتم به الصنعة التي عقد عليها فإذا كان مباحا معروفا جاز كما لو استأجره ليصبيغ ثوبا والصبيغ من عنده

ولنا أن عقد الاجارة عقد على المنفعة فإذا شرط فيه بيع العين صار كبيعين في بيعه ، ويفارق الصبيغ وما ذكرنا من الصورة التي جاز فيها ذلك من حيث إن الحاجة داعية اليه لأن تحصيل الصبيغ يشق على صاحب الثوب وقد يكون الصبيغ لا يحصل الا في حيث يحتاج إلى . وثمة كثيرة لا يحتاج اليها في صبيغ هذا الثوب فجاز لميسر الحاجة اليه بخلاف مسئلتنا

فانه لا أجر له فيها عمل فيها لانه لم يلم عنه إلى المستأجر فلم يستحق عوضه كالبيع من الطعام إذا تلف في يد البائع قبل تسليمه

(مسألة) (ولا ضمان على حجام ولا ختان ولا نزاع ولا طبيب إذا علم منهم حذق ولم تكن أيديهم) وجهه ذلك أن هؤلاء إذا فعلوا ما أمروا به لم يضمنوا بشرطين (أحدهما) أن يكونوا ذوي حذق في صناعتهم لانه إذا لم يكن كذلك لم تحمل له مباشرة القطع فإذا قطع مع هذا كان فعلا محرما فضمن سرايته كالتقطع ابتداء ، وقد قال النبي ﷺ « من تطيب بغير علم فهو ضامن » . رواه أبو داود (والثاني) أن لا تجني أيديهم في تجاوزوا ما ينبغي أن يقطع . فإذا وجد هذان الشرطان لم يضمنوا لأنهم قطعوا قطعاً مأذوناً فيه فلم يضمنوا سرايته كقطع الامام يد السارق ، فاما إن كان حاذقاً وجنت يده مثل أن يجاوز قطع الختان الى الحشفة أو إلى بعضها أو يقطع في غير محل القطع أو قطع سلعة من انسان فتجاوز بها موضع القطع أو يقطع بألة كالة يكثر ألمها أو في وقت لا يصلح القطع فيه وأشباه هذا ضمن فيه كله لانه اتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ فأشبهه اتلاف المال ولانه فعل محرر فيضمن سرايته كالتقطع ابتداء ، وكذلك الحكم في النزاع والقاطم في القصاص وقاطم يد السارق وهذا مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافاً

(فصل) فإن ختن صبياً بغير اذن وليه أو قطع سلعة من انسان بغير اذنه أو من صبي بغير

(فصل) وإذا استأجره مدة فكهله فيها فلم تبرأ عينه استحق الاجر وبه قال الجماعة ، وحكي عن مالك أنه لا يستحق أجراً حتى تبرأ عينه ولم يحك ذلك أصحابه وهو فاسد لأن المستأجر قد وفى العمل الذي وقع العقد عليه فوجب له الاجر وإن لم يحصل الغرض كما لو استأجره لبناء حائط يوماً أو لخياطة قميص فلم يتمه فيه ، وإن برئت عينه في أثناء المدة انفسخت الاجارة فيما بقي من المدة لأنه قد تعذر العمل فأشبهه مالو حجر عنه أمر غالب وكذلك لو مات فإن امتنع من الاكتحال مع بقاء المرض استحق الكحال الاجر بمضي المدة كما لو استأجره يوماً للبناء فلم يستعمله فيه ، فأما إن شرطه على البرء فإنه يكون جملة فلا يستحق شيئاً حتى يوجد البرء سواء وجد قريباً أو بعيداً ، فإن برى بغير كعله أو تعذر الكحل لموته أو غير ذلك من الموانع التي من جهة المستأجر فله أجر مثله كما لو عمل العامل في الجمالة ثم فسخ العقد ، وإن امتنع لأمر من جهة الكحال أو غير الجائل فلا شيء له ، وإن فسخ الجائل الجمالة بعد عمل الكحال فعليه أجر عمله ، فإن فسخ الكحال فلا شيء له لأنها جمالة ثبتت فيها ما ذكرناه

(فصل) ويجوز أن يستأجر طبيباً ليدويه ، والكلام فيه كالكلام في الكحال سواء إلا أنه لا يجوز اشتراط الدواء على الطبيب لأن ذلك إنما جاز في الكحال على خلاف الأصل للحاجة اليه وجري العادة به فلم يوجد ذلك المعنى ههنا فثبت الحكم فيه على وفق الأصل والله أعلم

إذن وليه فسمرت جنيته ضمن لأنه قطع غير مأذون فيه وإن فعل ذلك الحاكم أو وليه أو فعله من أذن له لم يضمن لأنه مأذون فيه شرعاً

(مسألة) (ولا ضمان على الراعي إذا لم يتعد)

يصح استئجار الراعي بغير خلاف علمناه وقد أجر مومى عليه السلام نفسه لرعاية الغنم . إذا ثبت ذلك فإنه لا يضمن مائلف من الماشية إذا لم يتعد أو يقرط في حفظها لأنهم فيه خلافاً إلا ما روي عن الشعبي أنه كان يضمن الراعي

ولنا أنه مؤتمن على حفظها فلم يضمن من غير تعد ولا تفريط كالمدودع ولأنه قبض العين بحكم الاجارة فلم يضمنها من غير تعد كالعين المستأجرة ، فأما مائلف بتعديده فيضمنه بغير خلاف مثل أن ينأى عن الماشية أو يغفل عنها أو يتركها تتباعد عنه أو تغيب عن نظره وحفظه أو يسرف في ضربها أو يضربها في غير موضع الضرب أو من غير حاجة اليه أو يسلك بها موضعاً تعرض فيه لقتل وأشباه هذا مما يعد تفريطاً وتعدياً فتتلف به فيضمنها لأنها تلفت بعدوانه فيضمنها كالمدودع إذا تعدى ، فإن اختلفنا في التعدي وعدمه فالقول قول الراعي لأنه أمين وإن فعل فعلاً اختلفنا في كونه تعدياً رجع إلى أهل الخبرة ، ولو جاء بجلد شاة وقال مائلف قبل قوله ولم يضمن وعن أحمد أنه لا يقبل قوله ويضمن والصحيح الاول لأن الامناء يقبل قولهم كالمدودع ، ولأنه يتعذر عليه إقامة البينة في الغالب أشبه المدودع وكذلك إذا ادعى موتها ولم يأت بجلدها

(فصل) ويجوز أن يستأجر من يقلم شمرسه لانها منفعة مباحة مقصودة فجاز الاستئجار على فعلها كالغنمان فان أخطأ فقلع غير مأمر بقلعه ضمنه لانه من جنائنه ، وإن برأ الضرس قبل قلعه انفسخت الاجارة لان قلعه لا يجوز ، وإن لم يبرأ لكن امتنع المستأجر من قلعه لم يجبر عليه لان الاف جزء من الآدمي محرم في الاصل وإنما أبيع اذا صار بقاؤه ضرراً وذلك مفوض الى كل انسان في نفسه اذا كان أهلاً لذلك وصاحب الضرس أعلم بمضرته ومنفعته وقدر المدة

(فصل) ومن استأجر على عمل موصوف في الذمة كخياطة أو بناء أو قلع ضرس فبذل الاجير نفسه للعمل فلم يمكنه المستأجر لم تستقر الاجرة بذلك لانه عقد على المنفعة من غير تقدير فلم يستقر بدلها بالبذل كالمصدق لا يستقر ببذل المرأة نفسها ، ويفارق حبس الدابة مدة الاجارة لان الدائم تلفت تحت يده بخلاف مسئلتنا

(مسئلة) قال (ولا ضمان على الراعي اذا لم يتعد)

لاننا خلافاً في صحة استئجار الراعي وقد دل عليه قول الله تعالى مخبراً عن شعيب أنه قال (اني أريد أن أتكحك احدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج) وقد علم أن موسى عليه السلام لما

(فصل) ولا يصح العقد في الرعي إلا على مدة معلومة لان السلم لا ينحصر ، ويجوز العقد على رعي ماشية معينة وعلى جنس في الذمة فان عقد على معينة كآنة شاة معينة فذكر أصحابنا أنه يتعلق بأعيانها كما لو استأجره لخياطة ثوب بعينه فلا يجوز ابداله ، ويبطل العقد بتلفها فان تلف بعضها بطل العقد فيه وله أجر ما بقي بالحصاة ، وإن ولدت لم يكن عليه رعي سخاها لانها زيادة لا يتناولها العقد ويحتمل أن لا يتعلق بأعيانها لانها ليست المفقود عاينها إنما تستوفي المنفعة بها فأشبه مالو استأجر ظهراً ليركبه فله أن يركب غيره مكانه ، ولو استأجر داراً ليسكنها فله أن يسكنها مثله وأما المفقود عليه منفعة الراعي ولهذا يجب له الاجرة اذا سلم نفسه وإن لم يرع ، ويفارق الثوب في الخياطة لان الثياب في مظنة الاختلاف في سهولة خياطتها وشدتها بخلاف الرعي. فملى هذا له ابدالها بمثلها وإن تلف بعضها لم ينفسخ العقد فيه وكان له ابداله .

(فصل) فان وقع العقد على موصوف في الذمة فلا بد من ذكر جنس الحيوان ونوعه اهلاً أو بقرأ أو غنماً أو ضأناً أو معزاً وان أطلق ذكر البقر والابل لم يتناول الجواميس والبيخاني لان اطلاق الاسم لا يتناولها عرفاً إلا أن يقع العقد في مكان يتناولها الاسم فيحتاج الى ذكر نوع ما يرمعه منها كالغنم لانت كل نوع له أثر في اتعاب الراعي ويذكر الكبير والصغر فيقول كباراً أو صغاراً أو عجائيل أو فصلانا إلا أن يكون ثم قرينة أو عرف صارف الى بعضها فيكتفي بذلك ، ومتى عقد على عدد موصوف كالآلة لم يجب عليه رعي زيادة من سخاها ولا من غيرها ، وان أطلق ولم يذكر

أجر نفسه لرعاية الغنم . إذا ثبت هذا فإنه لا ضمان على الراعي فيما تلف من الماشية ما لم يتعد ولا نعلم فيه خلافاً إلا عن الشعبي فإنه روي عنه أنه ضمن الراعي

ولنا أنه مؤتمن على حفظها فلم يضمن من غير تعد كالودع ولاها عين قبضها بحكم الاجارة فلم يضمنها من غير تعد كالعين المستأجرة فأما ما تلف بتعديده فيضمنه بغير خلاف مثل أن ينم عن السائمة أو يغفل عنها أو يتركها تتباعد منه أو تغيب عن نظره وحفظه أو ضربها ضرباً يسرف فيه أو في غير موضع الضرب أو من غير حاجة إليه أو سلك بها موضعاً تعرض فيه للتلف وأشباه هذا مما يرد تفرطاً وتعدياً فتتلف به فعليه ضمانها لأنها تلفت بعدوانه فضمنها كالودع إذا تعدى ، وإن اختلفا في التعدي وعدمه فالقول قول الراعي لأنه أمين ، وإن فعل فعلاً اختلفا في كونه تعدياً رجع إلى أهل الخبرة ولو جاء بجلد شاة وقال ماتت قبل قوته ولم يضمن وعن أحمد أنه يضمن ولا يقبل قوله ، والصحيح الأول لأن الامتناء تقبل أقوالهم كالودع ولأنه يتعذر عليه إقامة البينة في الغالب فأثبت المدعى كذلك لو ادعى موتها من غير أن يأتي بجلدها

(فصل) ولا يصح العقد في الرعي إلا على مدة معلومة لأن العمل لا ينحصر ، ويجوز العقد على رعي ماشية معينة وعلى جنس في القمة فإن عقد على معينة فذكر أصحابنا أنه يتعلق بأعيانها كما لو استأجره لحياطة ثوب بعينه فلا يجوز إبداله ويبطل العقد بتلفها وإن تلف بعضها بطل عقد الاجارة فيه وله أجر ما بقي

عدد آ لم يحز وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وقال القاضي يصح ويحمل على ما جرت به العادة كالمائة من الغنم ونحوها ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، والأول أصح لأن العادة في ذلك تختلف وتباين كثيراً والعمل يختلف باختلافه

(مسألة) (وإذا حبس الصانع الثوب على أجرته فتلف ضمنه) لأنه لم يرهنه عنده ولا اذن له في امساكه فلزمه الضمان كالغاصب

(مسألة) (فإن أ تلف الثوب بعد عمله خير المالكين تضمينه إياه غير معمول ولا أجره) وبين تضمينه إياه معمولاً ويدفع إليه الاجرة

وكذلك لو وجب عليه ضمان المتاع المحمول فصاحبه مخير بين تضمينه قيمته في الموضع الذي سلمه إليه ولا أجره له ، وبين تضمينه إياه في الموضع الذي أفسده وبعطيه الاجرة إلى ذلك المكان ، وإنما كان كذلك لأنه إذا أحب تضمينه معمولاً أو في المكان الذي أفسده فيه فله ذلك لأنه ملكه في ذلك الموضع على تلك الصفة فله المطالبة بعرضه حينئذ ، وإن أحب تضمينه قبل ذلك فلان أجر العمل لا يلزمه قبل تسليمه وما سلم إليه فلا يلزمه

(فصل) إذا أخطأ القصار فدفع الثوب إلى غير مالكه فعليه ضمانه لأنه فوته على مالكه قال أحمد يفرم القصار ولا يسم المدفوع إليه ليسه إذا علم أنه ليس بثوبه ويرده إلى القصار وبطالبه بثوبه فإن لم

منها بالحصّة ، وان ولدت سخلا لم يكن عليه رعيها لأنها زيادة لم يتناولها العقد ، ويحتمل أن لا يتعلق بأعيانها لأنها ليست المعقود عليها وإنما يستوفي المنفعة بها فأشبهه ما لو استأجر ظهراً لركبه جاز أن يركب غيره مكانه ، ولو استأجر داراً ليسكنها جاز أن يسكنها مثله ، ولو استأجر أرضاً ليزرعها حنطة جاز أن يزرعها ما هو مثله في الضرر أو أدنى منها ، وإنما المعقود عليه منفعة الراعي ولهذا يجب له الاجر اذا سلم نفسه وان لم يروع ، ويفارق الثوب في الخياطة لان الثياب في مظنة الاختلاف في سهولة خياطتها ومشقتها بخلاف الرعي . فعلى هذا له ابدالها بمثلها وان تلف بعضها لم يفسخ العقد فيه ولكن له ابداله وان وقع العقد على موصوف في الذمة فلا بد من ذكر جنس الحيوان ونوعه ابلاً أو بقرّاً أو غنماً أو ضأناً أو معزاً وان اطلق ذكر البقر والابل لم يتناول الجواميس والبيخاتي لان اطلاق الاسم لا يتناولها عرفاً وان وقع العقد في مكان يتناولها اطلاق الاسم احتاج الى ذكر نوع ما يراه منها كالغنم لان كل نوع له أثر في انقلب الراعي ، ويذكر الكبر والصغر فيقول كباراً أو سخلاً أو عجائلاً أو فصلاناً إلا أن يكون ثم قرينة أو عرف صارف الى بعضها فيغني عن الذكر ، واذا عقد على عدد موصوف كالمائة لم يجب عليه رعي زيادة عليها لامن سخاها ولا من غيرها ، وان اطلق العقد ولم يذكر عدداً لم يحجز وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وقال القاضي يصح ويحمل على ما جرت به العادة كالمائة من الغنم ونحوها وهو قول بعض اصحاب الشافعي والاول اصح لان العادة في ذلك تختلف وتباين كثيراً اذ العمل يختلف باختلافه

يعلم القابض حتى قطعه ولبسه ثم علم رده مقطوعاً وضمن أرش القطع وله مطالبة بثوبه ان كان موجوداً وان هلك عند القصار ضمنه في إحدى الروايتين لانه أمسكه بغير إذن صاحبه بعد طلبه فضمنه كما لو علم (والثانية) لا يضمنه لانه لا يمكنه رده فأشبهه ما لو عجز عن دفعه لمرض

(فصل) والعين المستأجرة أمانة في يد المستأجر ان تلفت بغير تفریط لم يضمنها ذل الاثر سمعت أبا عبد الله يستل عن الذين يكرّون الحيمة إلى مكة فنذهب من المكثري بسرق هل يضمن قال أرجو أن لا يضمن وكيف يضمن ؟ اذا ذهب لا يضمن ولا نعلم في هذا خلافاً لانه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها فكانت أمانة كما لو قبض العبد الموصى له بخدمته سنة أو قبض الزوج امرأته الأمانة ويخالف العاربة فانه لا يستحق منفعتها واذا انقضت المدة فعليه رفع يده عنها وايس عليه الرد أو ما اليه في رواية ابن منصور قيل له إذا كثرت دابة أو استعمار أو استودع فليس عليه أن يحملها فقال أحمد من استعمار شيئاً فعليه رده من حيث أخذه فأوجب الرد في العارية ولم يوجب في الاجارة والوديعة ووجه ذلك أنه عقد لا يقتضي الضمان فلا يقتضي رده ومؤنته كالوديعة بخلاف العارية فان ضمانها يجب فكذلك ردها . وعلى هذا متى انقضت المدة كانت العين في يده أمانة كالوديعة ان تلفت من غير تفریط فلا ضمان عليه وهو قول بعض الشافعية ، وقول بعضهم يضمن لانه بعد انقضاء الاجارة غير مأذون له في امساكه أشبه العارية المؤقتة بعد وقتها

(فصل فيما تجوز إجارته) تجوز إجارة كل عين يمكن أن ينتفع بها منفعة مباحة مع بقائها بحكم الأصل كالارض والدار والعبد والبهيمة والحياب والفساطيط والحبال والخيام والمحال والسرير والنجار والسيف والرمح واشباه ذلك وقد ذكرنا كثيراً مما تجوز إجارته في مواضعه وتجوز إجارة الحلي نص عليه أحمد في رواية ابنه عبد الله وهذا قال النوري والشافعي وأصحابنا وأبو ثور وأصحاب الرأي وروى عن أحمد أنه قال في إجارة الحلي ما أدري ما هو؟ قال القاضي هو محمول على إجارته باجرة من جنسه كما يغير جنسه فلا باس به لتصريح أحمد بجوازه وقال مالك في إجارة الحلي والحياب ما هو من المشتبهات ولعله يذهب إلى أن المقصود بذلك الزينة وليس ذلك من المقاصد الأصلية ومن منع ذلك بأجر من جنسه فقد احتج له بأنها تحتك بالاستعمال فيذهب منها أجزاء وان كانت يسيرة فيحصل الأجر في مقابلتها ومقابلة الانتفاع بها فيفضي إلى بيع ذهب بذهب وشيء آخر ولنا أنها عين ينتفع بها منفعة مباحة مقصودة مع بقاء عينها فاشبهت سائر ما تجوز إجارته والزينة من المقاصد الأصلية فإن الله تعالى أبانها علينا بقوله تعالى (تربوها وزيّنه) وقال تعالى (قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده) وأباح الله تعالى من التحلي واللباس للنساء ما حرمه على الرجال للخاصة من اللزواج وأسقط الزكاة عن حليهن معونة لهن على اقتنائه وما ذكره من نقصها بالاحتكاك لا يصح لأن ذلك يسير لا يقابل بعوض ولا يكاد يظفر في وزن ولو ظهر فالأجر في مقابلة الانتفاع لا في مقابلة الأجزاء لأن الأجر في الإجارة إنما هو عوض

ولما أمانة أشبهت الوديعة ولأنه لو وجب ضمانها لوجب ردها، أما العارية فالتام مضمونة بكل حال بخلاف مسئلتنا ولأنه يجب ردها متى طلبها صاحبها وجب تسليمها إليه فإن امتنع من ذلك لغير عذر صارت مضمونة كالغصوبة

(فصل) فإن شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين فالشرط فاسد لأنه يناقض مقتضى العقد وتفسد به الإجارة في أحد الوجهين بناء على الشروط الفاسدة في البيع قال أحمد فيما إذا اشترط ضمان العين الكراء والضمان مكروه، روي الأثرم بإسناده عن ابن عمر قال لا يصلح الكراء بالضمان، وعن فقهاء المدينة أنهم كانوا يقولون لا يكره ضمان إلا أنه من شرط على كربي ألا ينزل بمناعه بطن واد ولا يسير به ليلا مع أشباه هذه الشروط فتعدى ذلك فتلّف شيء مما حل في ذلك التعدي فهو ضامن فأما غير ذلك فلا يصح شرط الضمان فيه، وإن شرط لم يصح لأن ما لا يجب ضمانه لا يصير مضموناً بالشرط وعن أحمد أنه سئل عن ذلك فقال: المسلمون على شروطهم وهذا يدل على وجوب الضمان بشرطه وسند ذكر ذلك في العارية فاما أن أكره عيناً وشرط أن لا يسير بها في الليل أو وقت القافلة أو لا يتأخر بها عن القافلة أو لا يجعل سيره في آخرها وأشياء هذا مما فيه غرض مخالف ضمن لأنه متعد لشرط كربيّه فضمن ما تلّف به كما لو شرط عليه ألا يحمل إلا قفيزاً لحمل قفيزين، وحكم الإجارة الفاسدة حكم الصحيحة في أنه لا يضمن إذا تلّف العين من غير تقريط ولا نعد لأنه عقد لا يقتضي

المنفعة كما في سائر المواضع ولو كان في مقابلة الجزء الذاهب لما جاز إجارة أحد التقدين بالآخر لافضائه إلى الفرق في معاوضة أحدهما بالآخر قبل القبض والله أعلم
(فصل) وتجوز إجارة الدرام والدنانير للوزن والتحلي في مدة معلومة ، وبه قال أبو حنيفة وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، والوجه الآخر أنها لا تجوز إجارتها لأن هذه المنفعة ليست المقصود منها ولذلك لا تضمن منفعتها بغصبها فأشبهت الشمع

ولنا أنها عين أمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها منفعة مباحة فأشبهت الحلي وفارق الشمع فإنه لا ينتفع به إلا بما أنف عينه . إذا ثبت هذا فإنه إن ذكر ما يسأجره له وعينه فحسن ، وإن أطلق الإجارة فقال أبو الخطاب تصح الإجارة وينتفع بها فيما شاء منهما لأن منفعتيها في الإجارة متعينة في التحلي والوزن وهما متقاربان فوجب أن تحمل الإجارة عند الإطلاق عليهما كاستئجار الدار مطلقا فإنه يتناول السكنى ووضع المتاع فيها ، وقال القاضي لا تصح الإجارة وتكون قرضا وهذا مذهب أبي حنيفة لأن الإجارة تقتضي الانتفاع والانتفاع المعتاد بالدرام والدنانير إنما هو بأعيانها فإذا أطلق الانتفاع حمل على الانتفاع المعتاد وقال أصحاب الشافعي لا تصح الإجارة فلا تكون قرضا لأن التحلي ينتقصها والوزن لا ينتقصها فقد اختلفت جهة الانتفاع فلم يجز إطلاقها ولا يجوز أن يسأجر بها عن القرض لأن القرض عملياً لا غير والإجارة تقتضي الانتفاع مع بقاء العين فلم يجز التعبير بأحدهما عن الآخر ، ولأن التسمية والإفاظ تؤخذان فلا ولم يهد في اللسان التعبير بالإجارة عن القرض وقول أبي الخطاب أصح أن شاء الله لأن العقد متى الغمان صحيحه فلا يقتضيه فاسده كولو كالة وحكم كل عقد فاسد في وجوب الغمان وعدمه حكم صحيحه فما وجب الغمان في صحيحه وجب في فاسده وما لا فلا

(مسألة) (إذا ضرب المستأجر الدابة بقدر العادة أو كبها أو الرأض الدابة لم يضمن)
وجملة ذلك أن المستأجر ضرب الدابة بما جرت به العادة ويكسبها بالأجرام المستصلاح ويحسبها على السير ليلحق القافلة فقد صح أن النبي ﷺ نحس بعير جابر وضربه وكان أبو بكر رضي الله عنه يجرش بعيره بمحجنه ، ولرائض ضرب الدابة للتأديب وترتيب المشي والعد واليسير

(مسألة) (وكذلك الملم إذا ضرب الصبي للتأديب)
قال الأثرم مثل أحمد عن ضرب الملم الصبيان قال على قدر ذنوبهم ويتوقى بهذه الضرب ، وإذا كان صغيراً لا يعقل فلا يضربه ومتى ضرب من هؤلاء كلهم الضرب المأذون فيه لم يضمن ما تلف في الدابة وبهذا قال مالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأبو يوسف ومحمد ، وقال الثوري وأبو حنيفة يضمن لأنه تلف بجنايةه فضمن كغير المستأجر ، وكذلك قال الشافعي في الملم يضرب الصبي لأنه يمكنه تأديبه بغير الضرب

ولنا أنه تلف من فعل مستحق فلم يضمن كالوثاق تحت الحمل ولأن الضرب معنى تضمنه الإجارة فإذا تلف منه لم يضمن كالكوب وفارق غير المستأجر لأنه متعدد ، وقول الشافعي يمكن التأديب بغير

أمكن حمله على الصفة كان أولى من إفساده وقد أمكن حمله على إجارتهما للجهة التي تجوز إجارتهما فيها وقول القاضي لا يصح لأن الإجارة إنما تقتضي انتفاعاً مع بقا العين فلا تحمل على غير ذلك وما ذكر الآخرون من نقص العين بالاستعمال في التحلي فبعد فإن ذلك يسير لا أثر له فوجوده كعدمه
(فصل) ويجوز أن يستأجر شجراً ونخلاً ليحذف ثلثها الثياب أو يدسها عليها ليستظل بظلها ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان لما ذكرناه في الأمان

ولنا أنها لو كانت مقطوعة لجاز استنجارها لذلك فكذلك إذا كانت نابتة وذلك لأن الانتفاع يحصل بهما على السواء في الحالتين فما جاز في أحدهما يجوز في الأخرى ولأنها شجرة فجاز استنجارها لذلك كالمقطوعة، ولأنها منفعة مقصودة يمكن استيفائها مع بقاء العين فجاز العقد عليها كما لو كانت مقطوعة ولأنها عين يمكن استيفاء هذه المنفعة منها فجوز استنجارها لما كالحبال والحشب والشجر المقطوع
(فصل) ويجوز استنجار غنم المدرس له طيناً أو زرعاً ولأصحاب الشافعي فيه وجهان لأنها منفعة غير مقصودة من هذا الحيوان فاشبهت النخل

ولنا أنها منفعة مباحة يمكن استيفائها من العين مع بقائها فاشبهت استنجار البقر لذياب الزرع
(فصل) ويجوز استنجار ما يبقى من الطيب والصندل واقطاع الكافور والنسد لتشمه المرضى وغيرهم مدة ثم يرددها لأنها منفعة مباحة فاشبهت الوزن والتحلي مع أنه لا ينفك من أخلاق دلي

الضرب لا يصح فإن العادة خلافه ولو أمكن التأديب بغير الضرب لما جاز الضرب إذ فيه إيلاام لا حاجة إليه فإن أسرف في هذا كاله أوزاد على ما يحصل الفنى به أو ضرب من لا عقل له من الصبيان فعليه الضمان لأنه متعدد حصل التلف بعدوانه وحكم ضرب الرجل امرأته في النشوز على ما ذكرنا قياساً على الصبي
(مسئلة) (وان قال أذنت لي في تفصيله قبا. قال بل قيصاً فالقول قول الخياط نص عليه)
إذا اختلف المؤجر والمستأجر فقال أذنت لي في قطعه قيص امرأة قال بل أذنت لك في قطعه قيص رجل أو قال أذنت لي في قطعه قيصاً قال بل قبا. أو قال الصباغ أمرتني بصبغه أحمر قال بل أسود فالقول قول الخياط والصباغ نص عليه أحمد في رواية ابن منصور وهذا قول ابن أبي ليلى وقال مالك وأبو حنيفة وأبو ثور القول قول صاحب الثوب واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قال له قولان كاللذهيين ومنهم من قال له قول ثالث أنهم ايتحدان كالتبايين يختلفان في الثمن ومنهم من قال الصحيح أن القول قول رب الثوب لأنهما اختلفا في صفة اذنه والقول قوله في أصل الاذن فكذلك في صفته ولأن الأصل عدم الاذن المختلف فيه فالقول قول من ينفذه

ولنا أنهما اتفقا على الاذن واختلفا في صفته فكان القول قول المأذون له كالمضارب إذا قال : أذنت لي في البيع نساء. فأنكره ولأنهما اتفقا على ملك الخياط القطع والصباغ والصبيغ والظاهر أنه فعل مأمركه واختلفا في لزوم انقراء له والأصل عدمه فعلى هذا يحلف الخياط والصباغ : لقد أذنت لي

(فصل) ويجوز اجارة الحائط ايضع عليها خشبا معلوما مدة معلومة ، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز . ولنا أن هذه منفعة مقصودة متدور على تسليتها واستيفائها فجاز عقد الاجارة عليها كاستئجار السطح لانوم عليه .

(فصل) ويجوز استئجار دار يتخذها مسجدا يصلي فيه وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا يصح لان فعل الصلاة لا يجوز استئجاره بمقد اجارة بجمال فلا تجوز الاجارة لذلك . ولنا أن هذه منفعة مباحة يمكن استيفائها من العين مع بقائها فجاز استئجار الدين لما كالمسكني ويفارق الصلاة فانها لا تدخلها النيابة بخلاف بناء المساجد

(فصل) وذكر ابن عقيل أنه يجوز استئجار البئر ليرستني منها أياما معلومة لان هواء البئر وعمقها فيه نوع انتفاع برور الدلو فيه وأما نفس الماء فيؤخذ على أصل الاباحة والله الموفق (فصل) ويجوز استئجار القهد والبازي والصمر للصيد في مدة معلومة لان فيه نفعا مباحا تجوز اعارته له فجازت اجارته له كالذابة وتجوز اجارة كتب العلم التي يجوز بيعها للانتفاع بها في القراءة فيها والنسخ منها لما ذكرناه وتجوز اجارة درج فيه خط حسن يكتب عليه ويتمثل منه لذلك

(فصل) وما لا تجوز اجارته أقسام [أحدها] ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالمطعم والمشروب والشمع ليشعله ، لان الاجارة عقد على المنافع وهذه لا ينتفع بها إلا بالتلاف عينها فان

في قطعه قبا وصبغه أحمر ، ويسقط عنه الغرم ويستحق أجر المثل لانه ثبت وجود فعله المأذون فيه بعوض ولا يستحق المسمى لان المسمى ثبت بقوله ودعواه فلا يجب يمينه ، ولان النبي ﷺ قال : « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم » ولان المسمى على المدعى عليه « أخرجه مسلم فاما المسمى في العقد فاما يعترف رب الثوب بتسميته أجرا لقطعه قيصا أو صبغه أسود ، وأما من قال القول قول رب الثوب فانه يحلف بالله ما أذنت في قطعه قبا ولا صبغه أحمر ويسقط عنه المسمى ولا يجب الخياط والصباغ أجر لانهما فعلا غير ما أذن لهما فيه ، وذكر ابن أبي موسى رواية أخرى عن احمد أن صاحب الثوب إذا لم يكن ممن يلبس الاقبية والسواد فاقول قوله وعلى الصانع غرم ما تقصى بالقطع وضمان ما أفسد ولا أجر له لان قرينة حال رب الثوب تدل على صدقه فترجح دعواه بها كما لو اختلف الزوجان في متاع البيت رجعا دعوى كل واحد منهما فيما يصلح له ولو اختلف صانعان في الآلة التي في دكانهما رجعا قول كل واحد منهما في آلة صناعته فعمل هذا يحلف رب الثوب ما أذنت لك في قطعه قبا ويكفي هذا لانه ينتفي به الاذن فيصير قاطعا لغير ما أذن فيه فاذا كان القبا مخيطا بخيط مالمالك لم يملك الخياط فقهه وكان لمالك أخذه مخيطا بلا عوض لانه عمل في ملك غيره عملا مجردا عن عين مملوكة له فلم يكن له إزالته كما لو قتل ملك غيره من موضع إلى موضع لم يكن له رده إذا رضي صاحبه بتركه فيه وإن كانت الخيوط للخياط فله نزعها لانها عين ماله ولا يلزمه

استأجر شفعة يسرجها ويرد بتيها وتمن ما ذهب وأجر الباقي كان فاسداً لأنه يشمل ييماً وإجارة وما وقع عليه البيع مجهول وإذا جهل المبيع جهل المستأجر أيضاً فيفسد العتدان ، ولو استأجر شمعا ليتجمل به ويرده من غير أن يشعل منه شيئا لم يجز لأن ذلك ليس بمنفعة مرعية في الشرع فبذل المال فيه سفه وأخذه أكل مال بالباطل فلم يجز كما لو استأجر خبزاً لينظر اليه ، وكذلك لو استأجر طهايا ليتجمل به على مائدة ثم برده لم يجز لما ذكرنا وهكذا سائر الأشياء ، ولا يصح استئجار مالا يبقى من الرياحين كالورد والبنفسج والريحان الفارسي وأشباهه لشمها لأنها تلف عن قرب فأشبهت المطاعم ولا يجوز استئجار الغنم ولا الأبل والبقر ليأخذ لبنها ولا ليسترضعها السخالة ونحوها ولا استئجارها ليأخذ صوفها ولا شعرها ولا وبرها ولا استئجار شجرة ليأخذ ثمرها أو شيتها من عينا

(فصل) ولا تجوز إجارة الفحل للضراب ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي وأصحاب الرأي وأبي ثور وابن المنذر وخرج أبو الخطاب وجهاً في جوازه لأنه انتفاع مباح والحاجة تدعو إليه فجاز كإجارة الظئر للرضاع والبئر ليستقي منها الماء ، ولأنها منفعة تستباح بالاعارة فتستباح بالإجارة كسائر المنافع وهذا مذهب الحسن وابن سيرين

ولنا أن النبي ﷺ نهى عن حبس الفحل متفق عليه وفي لفظ نهى عن ضرب الجمل ، ولأن المقصود الماء الذي يخلق منه الولد فيكون عند الإجارة لاستيفاء عين غائبة فلم يجز كإجارة الغنم لأخذ لبنها

أخذ قيمتها لأنها مملوكة ولا يناف بأخذها ماله حرمة فإن اتفقا على تعويضه عنها جاز لأن الحق لما وإن قال رب الثوب أنا أشد في كل خيط خيطاً حتى إذا سلمه عاد خيط رب الثوب في مكانه لم يلزم الخياط الإجابة إلى ذلك لأنه انتفاع بماله وحكم الصباغ في قلع الصبغ إن اختاره وفي غير ذلك من أحكامه حكم صبغ الصباغ على ما يأتي في باب

قال شيخنا ه والذي يقرى عندي أن القول قول رب الثوب لما ذكرنا في دليلهم وما قاسوا عليه فيما إذا قال المضارب أذنت لي في البيع نساء فأنكر رب المال أن القول قول المضارب ممنوع (فصل) إذا دفع إلى خياط ثوباً فقال : إن كان يقطع قيصاً فاقطعه ، فقال : هو يقطع وقطعه ، فلم يكف ضمنه ، أو قال أنظر هذا يكفيني قيصاً ؟ قال نعم ، قاله اقطعه فقطعه فلم يكفه ، لم يضمن وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ، وقال أبو ثور لا ضمان عليه في المستثنين لأنه لو كان غره في الأولى لكان قد غره في الثانية .

ولنا أنه إنما أذن له في الأولى بشرط كفايته فقطعه بدون شرطه ، وفي الثانية أذن له من غير شرط فافترقا ولم يجب عليه الضمان في الأولى لتغيره بل لعدم الأذن في قطعه لأن أذنه مقيد بشرط كفايته فلا يكون إذا في غير ما وجد فيه الشرط بخلاف الثانية .

(فصل) فإن أمره أن يقطع الثوب قيص رجل فقطعه قيص امرأة فله غرم ما بين قيمته صحيحاً

وهذا أولي فان هذا الماء محرم لا قيمة له فلم يجوز أخذ العوض عنه كالميتة والدم وهو مجهول فأشبهه الابن في الضرع ، فأما من أجازته فيزني أن يوقع العقد على العمل ويقدره بمرة أو مرتين أو أكثر وقيل يقع العقد على مدة وهذا بعيد لان من أراد إطراق فرسه مرة فقدرة بمدة تزيد على قدر الفعل لم يمكن استيعابها به وإن اقتصر على مقداره فربما لا يحصل الفعل فيه ويتعذر أيضا ضبط مقدار الفعل فيتمتعين التدبير بالفعل إلا أن يكثر في خلا لا طراق ماشية كثيرة كفحل بركه في إبله أو تيس في غنمه فان هذا إنما يكثرى مدة معلومة ، والمذهب انه لا تجرز إجارته فان احتاج انسان الى ذلك ولم يجد من يطرق له جاز له أن يبذل الكراء وليس المطرق أخذه ، قال عطاء لا يأخذ عليه شيئا ولا بأش أن يعطيه إذا لم يجد من يطرق له ، ولان ذلك بذل مال لتحصيل منفعة مباحة تدعو الحاجة اليها فجاز ككثراء الاسير ورشوة الظالم ليدفع ظلمه ، وإن أطرق انسان فخله بغير اجارة ولا شرط فاهديت له هدية أو أكرم بكرامة لذلك فلا بأس به لانه فعل معروفًا تجاوزت مجازاته عليه كما لو أهدي هدية

(فصل) [القسم الثاني] ما منعت محرمه كالزنا والزمر والنوح والغناء فلا يجوز الاستئجار لفعله وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وصاحبا وأبو ثور وكره ذلك الشعبي والنخعي لانه محرم فلم يجوز الاستئجار عليه كاجارة أمته الزنا ، ولا يجوز استئجار كاتب ليكتب له غناء ونوحا ، وقال أبو حنيفة يجوز

ومقطوعا لان هذا قطع غير مأذون فيه فأشبه ما لو قطعه من غير إذن وقيل يفرم ما بين قيص رجل وقيص امرأة لانه مأذون في قيص في الجملة والاول أصح لان المأذون فيه قيص مرصوف بصنة فاذا قطع قيصا غيره لم يكن قاصلا لما أذن فيه فكان متعديا بإيداء القطع ولذلك لا يستحق على القطع أجرا ولو فعل ما أمر به لاستحق أجره

(فصل) إذا دفع إلي حائك غزلا فقال انسج لي عشرة أذرع في عرض ذراع فتسج زائداً على ما قدر له في الطول والعرض فلا أجر له في الزيادة لانه غير مأثور بها وعليه ضمان ما نقص الغزل المنسوج فيها فاما ما عدا الزائد فينظر فيه فان كان جاده زائداً في الطول وحده ولم ينقص الاصل بالزيادة فله ما سعى له من الاجر كما لو استأجره أن يضرب له مائة لبنة فضرب له مائتين وإن جاء به زائداً في العرض وحده أو فيها ففيه وجهان (أحدهما) لا أجر له لانه مخالف لامر الاستأجر فلم يستحق شيئا كما لو استأجره على بناء حائط عرض ذراع فبناء عرض ذراعين (والثاني) له المسمى لانه زاد على ما أمر به فأشبه زيادة الطول ومن قال بالوجه الاول فرق بين الطول والعرض بأنه يمكن قطع الزائد في الطول ويبقى الثوب على ما أراد ولا يمكن ذلك في العرض فاما ان جاء به ناقصاً في الطول والعرض أو في أحدهما ففيه أيضا وجهان (أحدهما) لا أجر له وعليه ضمان نقص الغزل لانه مخالف لما أمر به فأشبه ما لو استأجره على بناء حائط عرض ذراع فبناء عرض نصف ذراع (والثاني) له بمحضته

ولنا انه انتفاع بمحرم فاشبه ما ذكرنا ، ولا يجوز الاستئجار على كتابة شعر محرم ولا بدعة ولا شيء محرم لذلك . ولا يجوز الاستئجار على حل الحر لمن بشرها ولا على حل خنزير ولا ميتة لذلك وهذا قال أبو يوسف ومحمد والشافعي ، وقال أبو حنيفة يجوز لأن العمل لا يتعين عليه بدل بل انه لو عمله مثله جاز ولانه لو قصد إراقته او طرح الميتة جاز

وقد روي عن أحمد بن حنبل خنزيراً أو ميتة أو خوراً نصراني أكره أكل كرائه ولكن يقضى بالحمل بالكرا . فإذا كان لمسلم فهو أشد . قل انما في هذا محمول على انه استأجره ليريقها فأما لا شرب فمحذور لا يحل أخذ الاجرة عليه وهذا التأويل بعيد لقوله أكره أكل كرائه وإذا كان لمسلم فهو أشد ، ولكن المذهب خلاف هذه الرواية لانه استئجار لفعل محرم فلم يصح كثرنا ولان النبي ﷺ لعن حاملها والمحرملة اليه . وقوله لا يتعين يبطل باستئجار أرض ليتخذها مسجداً ، وأما حمل هذه لاراقتها والميتة لطرحها والاستئجار فكيف تجاز لان ذلك كله مباح وقد استأجر النبي ﷺ أبا غلبية لحجمه ، وقال أحمد في رواية ابن منصور في الرجل يؤجر نفسه لنظارة كرم النصراني يكره ذلك لان الاصل في ذلك راجع الى الحر

(فصل) ويكره أن يؤجر الرجل نفسه لكسح الكنف ويكره له أكل أجره لان النبي ﷺ قال « كسب الحجام خيث » ونهى الحر عن أكله فهذا أولى ، وقد روي عن ابن عباس أن رجلاً

من المسمى كمن استؤجر غلى ضرب ابن فضرب بعضه ويحتمل انه ان جاء به نائصاً في العرض فلا شيء له وإن كان ناقصاً في الطول فله محصته من المسمى لما ذكرنا من الفرق بين الطول والعرض وإن جاء به زائداً في أحدهما ناقصاً في الآخر فلا أجر له في الزائد وهو في الناقص على ما ذكرنا من التفصيل فيه . وقال محمد بن الحسن في الموضعين يتخير صاحب الثوب بين دفع الثوب إلى التساج ومطالبتة بثمان غزله وبين أن يأخذه ويدفع اليه المسمى في الزائد وبمحصة المنسوج في الناقص لان غرضه لم يسلم له لانه ينتفع بالطويل ما لا ينتفع بالقصير وينتفع بالقصير ما لا ينتفع بالطويل فكأنه أناف عليه غزله ولنا انه وجد عين ماله فلم يكن له مطالبتة بعوض كما لو جاء بزائداً في الطول وحده فأما إن أثرت الزيادة أو النقص في الاصل . مثل أن يأمره بنسج عشرة أذرع ليكون الثوب صفيقاً فنسجه خمسة عشر فصار خفيفاً أو بالعكس فلا أجر له بحال وعليه ضمان نسج الغزل لانه لم يأت بشيء مما أمر به

(فصل) اذا اختلف المتكاريان في قدر الاجر فقال أجر ثوبها سنة بدينار قال بل بدينارين تخالفاً ويبدأ يمين الأجر نص عليه أحمد وهو قول الشافعي لان الاجارة نوع من البيع فإذا خالفاً قبل مضي شيء من المدة فسحاً العقد ورجع كل واحد منهما في ماله وإن رضي أحدهما بما حلف عليه الآخر أقر العقد وإن فسحاً العقد بعد المدة أو شيء منها سقط المسمى ووجب أجر المثل كما لو اختلفا في المبيع

حج ثم أتاه فقال أني رجل أكنس فما ترى في مكسي ؟ قال أي شيء . تكنس ؟ قال العذرة قال ومنه حججت ومنه تزوجت ؟ قال نعم قال أنت خبيث وحجك خبيث وماتزوجة خبيث وأنحو هذا ذكره شعيب بن منصور في سننه بمعناه ولأن فيه دناءة فكره كالحجامة فأما الإجارة في الجملة فجازة لأن الحاجة داعية إليها فلا تندفع بدون إباحة الإجارة فوجب إباحتها كالحجامة

(فصل) ولا يجوز للرجل إجارة داره لمن يتخذها كنيسة أو بيعة أو يتخذها لبيع الخمر أو القمار وبه قال الجماعة ، وقال أبو حنيفة إن كان بيتك في السواد فلا بأس أن تؤجره لذلك وخالفه أصحابه واختلف أصحابه في تأويل قوله

ولنا أنه فعل محرم فلم يجرز الإجارة عليه كإجارة عبده فنجوز ولو أكثرى ذمي من مسلم داره فأراد بيع الخمر فيها فالصاحب الدار منه ، وبذلك قال الثوري ، وقال أصحاب الرأي إن كان بيتك في السواد والجيل فله أن يفعل ما شاء

ولنا أنه فعل محرم جاز الممنع منه في المصر فجاز في السواد كقتل النفس المحرمة (فصل) القسم الثالث ما يحرم بيعه إلا الحر والوقف وأم الولد والمدير فانه يجوز إيجارها وإن حرم بيعها وما عدا ذلك فلا تجوز إيجارته سواء كان ممن لا يقدر على تسليمه كالعبد الآبق والجل والناد والبيسة الشاردة والمغصوب من غير غاصبه أو ممن لا يقدر على انتزاعه منه فانه لا تجوز إيجارته

بعد ثلثه وهذا قول الشافعي وبه قال أبو حنيفة إن لم يكن عمل العمل وإن كان عمله قال قول المستأجر فيما يتناولين أجر مثله ، وقال أبو ثور القول قول المستأجر لأنه منكر للزيادة في الآخر والقول قول المنكر

ولنا أن الإجارة نوع من البيع فيتعلقان عند اختلافهما في عرضها كالبيع وكما قبل أن يعمل العمل عند أبي حنيفة ، وقال ابن أبي موصى القول قول المالك لقول النبي ﷺ « إذا اختلفنا المتبايعان فالقول ما قال البائث » وهذا يحتمل أن يتناول ما اذا اختلفنا في المدة وأما إذا اختلفنا في العوض فالصحيح أنهما يشحان فأن لا ذكرناه

(فصل) فإن اختلفنا في المدة فقال أجرتكما سنة بدينار فقال بل سنتين بدينارين فالقول قول المالك لأنه منكر للزيادة فكان القول قوله فيما أنكره كما لو قال بعثك هذا العبد بمائة فقال بل هذين العبدان بمائتين ، وإن قال أجرتكما سنة بدينار فقال بل سنتين بدينارين فانه قد اختلفنا في تقدير العوض والمدة فيتعلقان لأنه لم يوجد الاتفاق منهما على مدة بعوض فصار كما لو اختلفنا في العوض مع اتفاق المدة وإن قال المالك أجرتكما سنة بدينار فقال الساكن بل استأجرتني على حفظها بدينار ، فقال أحمد القول قول رب الدار إلا أن تكون لساكن بيعة وذلك لأن سكنى الدار قد وجد من الساكن واستيفاء منفعتها وهي ملك صاحب الدار والقول قوله في ملكه والأصل عدم استئجاره لساكن في الحفظ فكان القول قول من يئنه ويجب على الساكن أجر المثل

لأنه لا يمكن تسليم العقود عليه وإن كان مما تجل صفته فإنه لا تجوز إجارته في ظاهر المذهب أو كان ممن لا نفع فيه كسباع البهائم ، أو الطير التي لا تصالح الاصطياد ، ولا تجوز إجارة الكلب ولا الخنزير بحال ويتخرج جواز إجارة الكلب الذي يباح اقتناؤه لأن فيه نفعاً مباحاً تجوز له إعارته فجازت إجارته له كغيره ، ولا صاحب الشافعي وجهان كمنين ، ولا تجوز إجارة ما لا يقدر على تسليم منفعة سواء جاز بيعه أو لم يجز مثل أن يقصب منفعة بأن يدي الإنسان أن هذه الدار في إجارته عاملاً يغلب صاحبها عليها فإنه لا تجوز إجارته في هذا العام إلا من غاصبها أو ممن يقدر على أخذها منه ، قال أصحابنا ولا تجوز إجارة المشاع لغير الشريك إلا أن يؤثر الشريك معه ، وهذا قول أبي حنيفة وزفر لأنه لا يقدر على تسليمه فلم يصح إجارته كالغصوب وذلك لأنه لا يقدر على تسليمه إلا بتسليم نصيب شريكه ولا ولاية له على مال شريكه واختار أبو حفص العكبري جواز ذلك ، وقد أومأ إليه أحمد وهو قول مالك والشافعي وأبي يوسف ومحمد لأنه معلوم يجوز بيعه فجازت إجارته كالمفروز ولأنه عقد في ملكه يجوز مع شريكه فجاز مع غيره كالبيع رلاه يجوز إذا فعله الشريك كان معاً فجاز لأحدهما فعله في نصيبه مفرداً كالبيع ، ومن نصر الأول فرق بين محل النزاع وبين ما إذا أجره الشريك أو أجره لشريكه بأنه يمكن التسليم إلى المستأجر فأشبه إجارة الغصوب من غاصبه دون غيره ، وإن كانت الدار لواحد فأجر نصفها صح لأنه يمكن تسليمه ثم إن أجر نصفها الآخر للمستأجر الأول صح فإنه يمكن تسليمه إليه وإن أجره لغيره ففيه وجهان بناء على المسئلة التي قبلها لأنه لا يمكن تسليم ما أجره إليه وإن أجر الدار لثنين لكل واحد منهما نصفه فكذلك لأنه لا يمكن تسليم نصيب كل واحد منهما إليه

(فصل) فإن اختلفا في اتعدي في العين المستأجرة فالقول قول المستأجر لأنه أمين فاشبه المودع ولأن الأصل عدم العدوان والبراءة من الضمان وإن ادعى أن العبد أبق من يده وإن الدابة شردت أو نفقت وأنكر المؤجر فالقول قول المستأجر لما ذكرنا ولا أجر عليه إذا حلف أنه ما انتفع بها لأن الأصل عدم الانتفاع وعنه القول قول المؤجر لأن الأصل السلامة فأما إن ادعى أن العبد مرض في يده فإن جاء به صحيحاً فالقول قول المالك سواء وافقه العبد أو خالفه نص عليه أحمد وإن جاء به مريضاً فالقول قول المستأجر وهذا قول أبي حنيفة لأنه إذا جاء به صحيحاً فقد ادعى ما يخالف الأصل وليس معه دليل عليه وإن جاء به مريضاً فقد وجد ما يخالف الأصل يقينا فكان القول قوله في مدة المرض لأنه أعلم بذلك لكونه في يده وكذلك لو ادعى إباته في حال إباته ونقل إسحاق بن منصور عن أحمد أنه يقبل قوله في إباق العبد دون مرضه ، وبه قال الثوري وإسحاق قال أبو بكر وبالأول أقول لأنها سواء في تفويت منفعتها فكانا سواء في دعوى ذلك وإن هلكت العين فاختلغا في وقت هلاكها أو أبق العبد أو مرض واختلغا في وقت ذلك فالقول قول المستأجر لأن الأصل عدم العمل ولأن ذلك حصل في يده وهو أعلم به

(فصل) قال الصنف رحمه الله (وتجب الإجرة بنفس العقد إلا أن يتفقا على تأخيرها)

مضى أطلق العقد في الإجارة ملك المؤجر الإجرة بنفس العقد كما يملك البائع الثمن بالبيع

(الجزء السادس)

(١٨)

(المغني والشرح الكبير)

(فصل) وفي إجارة المصحف وجهان . (أحدهما) لا تصح إجارته مبنيا على أنه لا يصح بيعه وعلّة ذلك إجلال كلام الله وكتابه عن المعارضة به وإبتهاله بالتمن في البيع ولاجر في الإجارة . و (الثاني) تجوز إجارته وهو مذهب الشافعي لأنه انتفاع مباح تجوز الاعارة من أجله فجازت فيه الإجارة كسائر الكتب فأما سائر الكتب أجزأت بيعها فتجوز إجارته ، ومقتضى مذهب أبي حنيفة أنها لا تجوز إجارته لأنه علة منع إجارة المصحف بأنه ليس في ذلك أكثر من النظر إليه ولا تجوز الإجارة لمثل ذلك بدليل أنه لا يجز أن يستأجر سقفا لينظر إلى عمله وتصاويره أو شمعا ليتجمل به ولنا أنه انتفاع مباح يحتاج إليه وتجوز الاعارة له فجزت إجارته كمسائر المنافع وفارق النظر إلى السقف فإنه لا حاجة إليه ولا جرت العادة بالاعارة من أجله وفي مسألتنا يحتاج إلى القراءة في الكتب والتحفظ منها والنسخ والسماع منها والرواية وغير ذلك من الانتفاع المقصود المحتاج إليه

(فصل) ولا تجوز إجارة المسلم للقدمي لخدمته نص عليه أحمد في رواية الأثرم فقال إن أجر نفسه من القدمي في خدمته لم يجز وإن كان في عمل شيء جاز وهذا أحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر تجوز لأنه تجوز له إجارة نفسه في غير الخدمة فجاز فيها كإجارته من المسلم

ولنا أنه عقد يتضمن حبس المسلم عند الكافر وإذلاله له واستخدامه أشبه البيع بحقيقته أن عقد الإجارة للخدمة يتعين فيه حبسه مدة الإجارة واستخدامه والبيع لا يتعين فيه ذلك إذا منع منه فلان

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يملكها ولا يستحق المطالبة بها إلا يوما بيوم إلا أن يشترط تعجيلها قال أبو حنيفة إلا أن تكون معينة كالثوب والدار والعبد لأن الله تعالى قال (فإن أرضعن لكم فآتهن أجورهن) أمر بآتهن بعد الرضاع وقال النبي ﷺ « يقول الله عز وجل ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل استأجر أجيرأ فاستوفى منه ولم يوفه أجره » فتوعده على الامتناع من دفع الأجر بعد العمل دل على أنها حالة الوجوب وروي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال « أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه » رواه ابن ماجه ولأنه عوض لم يملك معوضة فلم يجب تسليمه كالعوض في العقد الفاسد فإن المنافع معدومة لم يملك ولو ملك لم يتسلفها لأنه يتسلفها شيئا فشيئا فلا يجب عليه العوض مع تعذر التسليم في العقد

ولنا أنه عوض أطلق ذكره في عقد معاوضة فيستحق بمطلق العقد كالتن والصدقات أو نقول عوض في عقد يتعجل بالشروط فوجب أن يتعجل بمطلق العقد كالذي ذكرنا فأما الآية فيحتمل أنه أراد الإتياء عند الشروع في الرضاع أو تسليم نفسها كقوله تعالى (فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله) أي إذا أردت القراءة ولأن هذا تمثيل بدليل الخطاب ولا يقولون به وكذلك الحديث بحقيقته أن الأمر بالإتياء في وقت لا يمنع وجوبه قبله كقوله تعالى (فما استمتعتم به منهن فآتهن أجورهن) والصدقات يجب قبل الاستمتاع وهذا هو الجواب عن الحديث وبدل عليه أنه إنما توعد على ترك الإتياء بعد الفراغ من العمل وقد

يمنع من الاجارة أولى ، فأما ان أجر نفسه منه في عمل معين في الذمة كخياطة نوب وقصارته جاز بغير خلاف فعلمه لان عليا رضي الله عنه أجر نفسه من يهودي يسقي له كل دلو بتمرة وأخبر النبي ﷺ بذلك فلم ينكره وكذلك الانصاري ، ولانه عقد معارضة لا يتضمن اذلال المسلم ولا استخدامه أشبه مبايعته وإن أجر نفسه منه لعمل غير الخدمة مدة معلومة جاز أيضاً في ظاهر كلام أحمد لقوله في رواية الاثرم وإن كان في عمل شيء جاز

وقتل عنه أحمد بن سعيد : لا بأس أن يؤجر نفسه من الذي وهذا مطلق في نوعي الاجارة وذكر بعض أصحابنا أن ظاهر كلام أحمد من ذلك وأشار الى مارواه الاثرم واحتج بأنه عقد يتضمن حبس المسلم أشبه البيع والصحيح ما ذكرنا وكلام أحمد انها يدل على خلاف ما قاله فانه خص المنع بالاجارة للخدمة وأجاز اجارته لعمل وهذا اجارة للعمل وبفارق البيع فان فيه اثبات للملك على المسلم وبفارق اجارته للخدمة لتضمنها الاذلال

(فصل) نقل ابراهيم الحربي عن أحمد انه سئل عن الرجل يكثر في الديك يوقظه لوقت الصلاة لا يجز ذلك لان ذلك يقف على فعل لديك ولا يمكن استخراج ذلك منه بضرب ولا غيره وقد يصبح وقد لا يصبح وربما صاح بعد الوقت

(فصل) القسم الرابع القرب التي يختص فاعلمها بكونه من أهل القرية يعني أنه يشترط كونه مسلماً

فلم يجب الاجر شيئاً فشيئاً ويحتمل أنه توعد على ترك الوفاء في الوقت الذي تتوجه المطالبة فيه عادة جراب آخر أن الآية والاخبار انما وردت فيمن استؤجر على عمل فأما ان وقعت الاجارة فيه على مدة فلا تعرض لها به (مسئلة) (ولا يجب تسليم اجرة العمل في الذمة حتى يتسلمه)

اذا استؤجر على عمل فان الاجر يملك بالعقد أيضاً لكن لا يستحق تسليمه إلا عند تسليم العمل وقال ابن أبي موسى من استؤجر لعمل معلوم استحق الاجر عند إيفاء العمل ، وان استؤجر كل يوم بأجر معلوم فله أجر كل يوم عند تمامه ، وقال أبو الخطاب الاجر يملك بالعقد ويستحق التسليم ويستقر بمضي المدة وإنما توقف استحقاق تسليمه على العمل لانه عوض فلا يستحق تسليمه إلا مع تسليم المعوض كالصداق والثلث في البيع وفارق الاجارة على الاعيان لان تسليمها أجري مجرى تسليم نفقها وبقي كانت على منفعة في الذمة لم يحصل تسليم المنفعة ولا ما يقوم مقامها فتوقف استحقاق تسليم الاجر على تسليم العمل وقولهم لم يملك المنافع قد سبق الجواب عنه فان قيل فان المؤجر اذا قبض الاجر انتفع به كله بخلاف المستأجر فانه لا يحصل له استيفاء المنفعة كلها قلنا لا يمنع هذا كما لو شرط التججيل وكانت الاجرة عيناً فاما ان شرط التأجيل في الاجر فهو على ما شرط وان شرط منجاً يوماً أو شهراً أو شهراً فهو على ما شرطه لان إجارة العين كبيرها ويبيعها يصح بشمن حال ومؤجل كذلك لإجارتها ، وفيه وجه آخر ان الاجارة على المنفعة في الذمة لا يجوز تأجيل عوضها كالتسليم

كالامامة والاذان والحج وتعليم القرآن نص عليه أحمد وبه قال عطاء والضحاك بن قيس وأبو حنيفة
والزهري وكره الزهري واسحاق تعليم القرآن بأجر
وقال عبد الله بن شبيب هذه الرغف التي يأخذها المعلمون من السحت ، ومن كره أجره التعليم
مع الشرط الحسن وابن سيرين وطاوس والشعبي والنخعي . وعن أحمد رواية أخرى يجرز ذلك
حكاهما أبو الخطاب

ونقل أبو طالب عن أحمد انه قال التعليم أحب إلي من أن يتوكل لهؤلاء السلاطين ومن أن
يتوكل لرجل من عامة الناس في ضيعة ومن أن يستدين ويتجر لهله لا يقدر على الوفاء فيلقى الله تعالى
بإمانات الناس ، التعليم أحب إلي ، وهذا يدل على أن منعه منافي في موضع منه لكرامة لا التحريم
ومن أجاز ذلك مالك والشافعي ورخص في أجور المعلمين أبو نؤلة وأبو ثور وابن المذرلان
رسول الله ﷺ زوج رجلا بما معه من القرآن متفق عليه وإذا جاز تعليم القرآن عوضا في باب
النكاح وقام مقام المهر جاز أخذ الاجرة عليه في الاجارة وقد قل رسول الله ﷺ « أحق ما أخذتم عليه
أجرأ كتاب الله » حديث صحيح ، وثبت أن أبا سعيد عبيد رضى رجلا بفاتحة الكتاب على جمل فبرأ
وأخذ أصحابه الجمل فأتوا به رسول الله ﷺ فاخبروه وسألوه فقال « لعمرى إن أكل بريقة باطل
لقد أكلت بريقة حق كالوا واضربوا لي بهمك بهم » وإذا جاز أخذ الجمل جاز أخذ الاجر لانه في

(فصل) إذا استوفى المستأجر المنافع استقر الاجر لانه قبض المعقود عليه فاستقر عليه البذل
كما لو قبض المبيع وان تسلم العين المستأجرة ومضت المدة لمانع له من الانتفاع استقرت الاجرة
أيضاً وان لم ينتفع لان المعقود عليه تلف تحت يده وهي حقه فاستقر عليه بدلها كسمن المبيع إذا
تلف في يد البائع فان كانت الاجارة على عمل فسلم المعقود عليه ومضت مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها
مثل أن يكتري دابة ليركبها الى حمص فقبضها ومضت مدة يمكن ركوبها فيها فقال أصحابنا يستقر عليه
الاجر وهو مذهب الشافعي لان المنافع تلفت تحت يده باختياره فاستقر الضمان عليه كما لو تلفت العين
في يد المشتري وكما لو كانت الاجارة على مدة فصحت وقال أبو حنيفة لا يستقر الاجر عليه حتى يستوفى المنفعة
لانه عقد على المنفعة غير مؤقتة بزمان فلم يستقر بدلها قبل استيفائها كالاجر في الاجير المشترك وان بذل
تسليم العين فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المدة استقر الاجر عليه لان المنافع تلفت باختياره في مدة
الاجارة فاستقر عليه الاجر كما لو كانت في يده وان بذل تسليم العين وكانت الاجارة على عمل فقال
أصحابنا اذا مضت مدة يمكن الاستيفاء فيها استقر عليه الاجر وهذا قال الشافعي لان المنافع تلفت باختياره
وقال أبو حنيفة لا أجر عليه قال شيخنا وهو الصحيح عندي لانه عقد على ما في الذمة فلم يستقر
عوضه بهذا التسليم كالتسليم فيه ولانه عقد على منفعة غير مؤقتة بزمان فلم يستقر عوضها بالبذل كالصدق
إذا بذلت تسليم نفسها وامتنع الزوج من أخذها

معناه ولانه يجوز أخذ الرزق عليه من بيت المال فجاز أخذ الاجر عليه كبناء المساجد والقنابر ولان الحاجة تدعو الى ذلك فانه يحتاج الى الاستدابة في الحج من وجب عليه الحج وعجز عن نعماء ولا يكاد يوجد متبرع بذلك فيحتاج الى بذل الاجر فيه ، ووجه الرواية الاولى ما روى عثمان بن أبي العاص قال ان آخر ما عهد الي النبي ﷺ أن اتخذ ، وذننا لا ياخذ على أذانه أجراً ، قال الترمذي هذا حديث حسن ، وروى عبادة بن الصامت قال علمت ناساً من أهل الصفة القرآن والكتابة فاهدي إلي رجل منهم قوساً ، قال قلت قوس وليست بمال قال قلت أتقلدها في سبيل الله فذكرت ذلك للنبي ﷺ وقص عليه القصة ، قال « إن سرك أن يملك الله قوساً من نار فأقبلها » وعن أبي بن كعب انه علم رجلاً سورة من القرآن فاهدى اليه خميسة أو ثوباً فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال « لو أنك لبستها أو أخذتها ألبسك الله مكانها ثوباً من نار » وعن أبي قال كنت أختلف إلى رجل من قريظة أصابته علة قد احتبس في بيته أقرئه القرآن فكان عند فراغه مما أقرئه يقول لجارية له ملي بطعام أخي فيؤتي بطعام لا آكل مثله بالمدينة فذاك في نفسي منه شيء ، فذكرته للنبي ﷺ فقال « ان كان ذلك الطعام طعاماً وأهله فكل منه وإن كان يتحنك به فلا تأكله » وعن عبد الرحمن بن شميل الانصاري قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « اقرؤ القرآن ولا تغفلوا فيه ولا تنجروا عنه ولا تأكلوا به ولا تتكثروا به » روى هذه الاحاديث كلها الاثرم في سننه ، ولان من شرط صحة هذه الافعال كونها قربة إلى الله تعالى فلم يجوز أخذ الاجر عليها ، كما لو استأجر قوما بصلون خلفه الجمعة أو التراويح ، فلما الأخذ على الرقية فان احمد اختار جوازه وقال لا بأس ، وذكر حديث أبي سعيد والفرق بينه وبين ما اختلف فيه أن الرقية نوع مداواة والمأخوذ عليها جعل والمداواة يباح أخذ

(مسألة) (وإذا انقضت الاجارة وفي الارض غراس أو بناء لم يشترط قلعه عند انقضاء الاجل فلما كان أخذه بالقيمة وتركه بالاجرة أو قلعه وضمان نقصه وان اشترط القلع لزمه ذلك ولا يلزمه تسوية الارض إلا بشرط)

إذا استأجر أرضاً للغراس أو للبناء سنة صح لانه يمكنه تسليم منفعتها المباحة المنصودة فأشبهت سائر المنافع وسواء شرط قلع الغراس والبناء عند انقضاء المدة أو أطلق وله أن يفرس قبل انقضاء المدة فإذا انقضت لم يكن له أن يفرس ولا أن يبني لزوال عقده فإذا انقضت السنة وكان قد شرط القطع عند انقضائها لزمه ذلك وفاء بموجب شرطه وليس على صاحب الارض غرامة نقصه ولا على المستأجر تسوية الحفر واصلاح الارض لانهما دخلا على هذا لرضاها بالبيع واشتراطها عليه وان اتفقا على إبقائه بأجرة أو غيرها جاز اذا شرطاً مدة معلومة وكذلك لو اكترى الارض سنة بعد سنة كلما انقضى عقد جدد آخر ، وان أطلق العقد فلا يكتري القلع لانه ملكه فله أخذه كطعامه في الدار التي باعها واذا قلع فعليه تسوية الحفر لانه نقص دخل على ملك غيره بغير إذنه وهكذا ان قلعه قبل انقضاء المدة هاهنا وفي التي قبلها لان القلع قبل الوقت لم يأذن فيه المالك ولانه تصرف في

الأجر عليها والجمالة أوسع من الاجارة ، ولهذا تجوز مع جهالة العمل والمدة ، وقوله عليه السلام وأحق ما أخذتم عليه أجر آ كتاب الله » يعني به الجعل أيضا في الرقية ، لأنه ذكر ذلك أيضا في سياق خبر الرقية وأما حمل التلميح صدقافيه اختلاف وإيس في الخبر تصريح بأن التعليل صدق إنما قال « زوجتكما على ما معك من القرآن » فيحتمل أن الزوج ، إياها بغير صدق إذا ما له كما زوج أباطلة أم سليم على إسلامه ، ونقل عنه جاز ، والفرق بين المهر والآخر أن المهر ليس بموضع محض وأنه واجب فحالة ووصلة ولهذا جاز خلو العقد عن تسميته صريح مع فساده بخلاف الأجر في غيره فأما الرزق من بيت المال فيجوز على ما يتعدى نفعه من هذه الأمور لأن بيت المال لمصالح المسلمين فإذا كان بذاته لمن يتعدى نفعه إلى المسلمين محتاجا إليه كان من المصالح وكان لاخذ له أخذه لأنه من أهله وجرى مجرى الوقت على من يقوم بهذه المصالح بخلاف الأجر (فصل) فإن أعطى الملم شيئا من غير شرط فظاهر كلام أحمد جوازه ، قال فيما نقل عنه أيوب ابن سافري لا يطالب ولا يشارط فإن أعطى شيئا أخذه ، وقال في رواية أحمد بن سعيد : أكره أجر الملم إذا شرط ، وقال إذا كان الملم لا يشارط ولا يطلب من أحد شيئا إن أنه شيء قبله كأنه يراه أهون ، وكرهه طائفة من أهل الملم لما تقدم من حديث القوس والخبيصة اللتين أعطيهما أبي وعبادة من غير شرط ، ولأن ذلك قرينة فلم يجوز أخذ العوض عنها لا بشرط ولا بغيره كالصلاة والصيام ورجاء الأول قول النبي ﷺ « ما أذك من هذا المال من غير مسئلة ولا ائتراف نفس فحذه وتووله فانه رزق ساقه الله اليك » وقد أرخص النبي ﷺ لأبي في أكل طعام الذي كان يعمله إذا كان طعما له وطعام أهله ، ولأنه إذا كان بغير شرط كان هبة مجردة فجاز كما لو لم يعلمه شيئا ، فأما حديث القوس

الأرض تصرفا نقصها لم يقتضه عقد الاجارة وإن أبى القلع لم يجبر عليه إلا أن يضمن له المالك النقص فيخير حينئذ وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك عليه القلع من غير ضمان النقص له لأن تقدير المدة في الاجارة يقتضي التفريط عند انقضائها كما لو استأجرها للزراع

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « ليس لعرق ظالم حق » مفهومه أن غير الظالم له حق وهذا غير ظالم ولأنه غرس باذن المالك ولم يشرط قاعه فلم يجبر على القلع من غير ضمان النقص كما لو استعار منه أرضا للفرس مدة فرجع قبل انقضائها وبخالف الزرع فإنه لا يقتضي التأيد فإن قيل فإن كان إطلاق العقد في الفراس يقتضي التأيد فشرط الفلاح ينافي مقتضى العقد فينبغي أن يفسده قلنا إنما اقتضى التأيد من حيث أن العادة في الفراس التبقية فإذا أطلقه حمل على العادة وإذا شرط خلافه جاز كما إذا باع بغير قند البلد أو شرط في الاجارة سيرا يخالف المادة إذا ثبت هذا فإن رب الأرض يخير بين ثلاثة أشياء (أحدها) أن يدفع قيمة الفراس والبناء فيملكه مع أرضه لأن الضرر يزول عنها به أشبه الشفيع في غراس المشتري (الثاني) أن يقلع الفراس والبناء ويضمن أرض نقصه لذلك (الثالث) أن يقر الفراس والبناء ويأخذ منه أجر المثل ، وبهذا قال الشافعي لأن الضرر يزول عنها بذلك وقال

(المعنى والشرح الكبير) حكم اجارة مالا يختص فاعله أن يكون من أهل القربة ١٤٣

والخبيصة قضيتان في عين فيجوز أن النبي ﷺ علم أنها فعلا ذلك لله خالصاً فكره أخذ العوض منه من غير الله تعالى ويحتل غير ذلك، وإن أعطي المالم أجراً على تعليم الصبي الخط وحفظه جاز نص عليه أحمد فقال إن كان المعطي ينوي أن يعطيه لحفظ الصبي وتعليمه فأرجح إذا كان كذا ولأن هذا مما يجوز أخذ الاجر عليه مفرداً فجز مع غيره كما أثر ما يجوز الاستئجار عليه ، وهكذا لو كان إمام المسجد قيماً له يسرج قناديله ويكنسه ويفلق بابه ويفتحه فأخذ أجراً على خدمته أو كان النائب في الحج بخدم المستنيب له في طريق الحج ويشد له ويرفع حماله ويحج من أبيه فدفع له أجر خدمته لم يمتنع ذلك إن شاء الله تعالى (فصل) ومالا يختص فاعله أن يكون من أهل القربة كتعليم الخط والحساب والشعر المباح وأشباهه وبناء المذبح والقنطرة جاز أخذ الاجر عليه لأنه يقع نارة قربة ونارة غير قربة فلم يمنع من الاستئجار لفعله كفرس الاشجار وبناء البيوت ، وكذلك في تعليم الفقه والحديث وأما مالا يتهدى نفعه فإله من العبادات المحضة كالصيام وصلاة الانسان لنفسه ، وحججه عن نفسه وأداء زكاة نفسه فلا يجوز أخذ الاجر عليها بغير خلاف لأن الاجر عرض لا انتفاع ولم يحصل لغيره ههنا انتفاع فأشبه اجارة الاعيان التي لا نفع فيها

(فصل) إذا اختلفنا في قدر الاجر فقال أجر تذييل سنة بدينار قال بل بدينارين تحالفاً ويبدأ بيمين الآجر نص عليه أحمد وهو قول الشافعي لأن الاجارة نوع من البيع فإذا تحالفاً قبل مضي شيء من المدة فسخا العقد ورجع كل واحد منهما في ماله وإن رضي أحدهما بما حلف عليه الآخر قر العقد وإن فسخا العقد بعد المدة أو شيء منها سقط المسمى ورجب أجر المثل كما لو اختلفنا في المبيع

مالك يتخير بين دفع قيمته نيملكه وبين مطالبته بالقلع من غير ضمان وبين تركه فيكونان شريكين والاول أصح فإن انفقا على بيع الفرس والبناء للمالك جاز وإن باعها صاحبها لغير مالك الأرض جاز ومشتريهما يقوم مقام البائع فيها وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين : ليس له بيعها لغير مالك الأرض لأن ملكه ضعيف بدليل أن لصاحب الأرض تملكه تاليه بالقيمة بغير رضا

ولنا أنه ملك له يجوز بيعه للمالك الأرض فجاز لغيره كالشقة المشفوع وبهذا يبطل ما ذكرناه فإن للشفيع تملك الشقة بغير رضا المشتري ويجوز بيعه لغيره

(فصل) فإن شرط في العقد بقية الفراس فذكر القاضي أنه صحيح وحكمه حكم ما لو أطلق العقد سواء وهو قول أصحاب الشافعي ، ويحتمل أن يبطل انعقد لأنه شرط ما ينافي مقتضى العقد فلم يصح كما لو شرط ذلك في الزرع الذي لا يكمل قبل انقضاء المدة ولأن الشرط باطل بدليل أنه لا يجب الوفاء به وهو مؤثر فأبطله كشرط بقية الزرع بعد مدة الاجارة

﴿مسئلة﴾ (وان كان فيها زرع بقاؤه بتفريط المستأجر فللمالك أخذه بالقيمة وتركه بالاجرة وان كان بشير تفريط لم تركه بالاجرة)

بعد تلفه وهذا قول الشافعي وبه قال أبو حنيفة ان لم يكن عمل العمل ، وان كان عمله فالتقول قول المستأجر فيما بينه وبين أجر مثله وقال أبو ثور اتقول قول المستأجر لانه منكر لزيادة في الاجر والقول قول المنكر ولما أن الاجارة نوع من البيع فيتبعان عند اختلافهما في موضعها كاليبيع وكما قبل أن يسلم العمل عند أبي حنيفة ، وقول ابن أبي موسى القول قول المالك لقول النبي ﷺ « إذا اختلف المتبايعان فالتقول قول البائع » وهذا يحتمل أن يريد به اذا اختلف في المدة وأما اذا اختلفنا في العرض فالصحيح أنهما يتحالفان لما ذكرناه

(فصل) وان اختلفنا في المدة فقال أجرتكها سنة بدينار قال بل سنتين بدينارين فالتقول قول المالك لانه منكر لزيادة فكان القول قوله فيها انكره لوقال بملك هذا العبد بانه قال بل هذين العبدان وان قال أجرتكها سنة بدينار قال بل سنتين بدينار فهنا قد اختلفنا في قدر العوض والمدة جميعا فيتحالفان لانه لم يوجد الاتفاق منهما على مدة بعوض فصار كما لو اختلفنا في العوض مع اتفاق المدة وان قال المالك أجرتكها سنة بدينار ، فقال الساكن بل استأجرتني على حفظها بدينار فقال أحمد القول قول رب الدار الا ان تكون للساكن بيعة ، وذلك لان سكنى الدار قد وجد من الساكن واستيفاء منفعتها وهي ملك صاحبها ، والقول قوله في ملكه والاصل عدم استئجار الساكن في الحفظ فكان القول قول من بنفيه

(فصل) وان اختلفنا في التعدي في العين المستأجرة فالتقول قول المستأجر لانه مؤتمن عليها فاشبه المودع ولان الاصل عدم العدوان والبراءة من الضمان . وان ادعى أن العبد أبق من يده وان الدابة

اذا استأجر أرضا للزراعة مدة فانقضت وفيها زرع لم يبلغ حصاده لم يخل من حالين (أحدهما) أن يكون لتفريط المستأجر مثل أن يزرع زرعاً لم تجر العادة بكاله قبل انقضاء المدة فحكمه حكم زرع الناصب ، بخير المالك بين أخذه بالقيمة أو تركه بالاجرة لما زاد على المدة لانه أثبت زرعاً في أرض غيره بعدوانه وان اختار المستأجر قطع زرعته في الحال وتفرغ الأرض فله ذلك لانه يزيل الضرر ويسلم الأرض على الوجه الذي اقتضاء العقد ، وذكر الفاضل أن على المستأجر نقل الزرع وتفرغ الأرض وان اتفقا على تركه بعوض أو غيره جاز وهذا مذهب الشافعي بناء على قوله في الغاصب وقياس المذهب ما ذكرناه

(الحال الثاني) أن يكون بقاؤه بغير تفريطه مثل أن يزرع زرعاً ينتهي في المدة عادة فأبطأ لبرد أو غيره فلزم المؤجر تركه بالاجرة الى أن ينتهي وله المسمى وأجر المثل لما زاد وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي (والوجه الثاني) يلزم نقله لان المدة ضربت لتقل الزرع فلزم العمل به وجبه وقد وجد منه تفريط لانه كان يمكنه أن يستظهر في المدة فلم يفعل

ولما ان الزرع حصل في أرض غيره باذنه من غير تفريط فله تركه كما لو أعاره أرضاً فزرعها ثم رجع المالك قبل كمال الزرع وقولهم إنه مفريط لا يصح لان هذه المدة التي جرت المادة بكامل الزرع فيها

شردت أو نفقت وأنكر المؤجر فعن أحمد وإبنيان [أحدهما] أن القول قول المستأجر لما ذكرنا ولا أجر عليه إذا حلف أنه ما انتفع بها لأن الأصل عدم الانتفاع [والثانية] القول قول المؤجر لأن الأصل السلامة، فلما ادعى أن العبد مرض في يده نظرنا فإن جاء به صحيحاً فالقول قول المالك سواء وافقه العبد أو خالفه نص عليه أحمد وإن جاء به مريضاً فالقول قول المستأجر وهذا قول أبي حنيفة لأنه إذا جاء به صحيحاً فقد ادعى ما يخالف الأصل وليس معه دليل عليه وإن جاء به مريضاً فقد وجد ما يخالف الأصل يقينا فكان القول قوله في مدة المرض لأنه أعلم بذلك لكونه في يده وكذلك إن ادعى إبقائه في حال إبقائه أو جاء به غير آبق

ونقل اسحاق بن منصور عن أحمد أنه يقبل قوله في إبقاء العبد دون مرضه وبه قال الثوري وإسحاق، قال أبو بكر وبالأول أقول لأنها سواء في تفويت منفعة فكأننا سواء في دعوى ذلك، وإن هلك العين فاختلفا في وقت هلاكها أو أبق العبد أو مرض فاختلفا في وقت ذلك فالقول قول المستأجر لأن الأصل عدم العمل ولأن ذلك حصل في يده وهو أعلم به

(فصل) إذا دفع ثوبه الى خياط أو قصار ليخيطه أو يقصره من غير عقد ولا شرط ولا تعريض باجر مثل أن يقول خذ هذا فاعمله وأنا أعلم أنك أنت تعمل باجر وكان الخياط والقصار متعصبين لذلك فنعلا ذلك فلها الأجر، وقال أصحاب الشافعي لا أجر لهما لأنها فعلا ذلك من غير عوض جعل لهما

وفي زيادة المدة تقويت زيادة الأجر بغير فائدة وتضييع زيادة متيقنة لتحصيل شيء متوهم على خلاف العادة هو التفريط فلم يكن تركه تفريطاً متى أراد المستأجر زرع شيء لا يدرك مثله في مدة الإجارة فللمالك منعه لأنه سبب لوجود زرعه في أرضه بغير حق، فإن زرع لم يملك مطالبته بقلعه قبل المدة لأنه في أرض يملك نفعها ولأنه لا يملك ذلك بعد المدة فقبلها أولى، ومن أوجب عليه قطعه بعد المدة قال إذا لم يكن بد من المطالبة بالنقل فليكن عند المدة التي يستحق تسليمها الى المؤجر فارغة

(فصل) إذا اكرت الأرض لزرع مدة لا يكمل فيها مثل أن اكرت خمسة أشهر لزرع لا يكمل إلا في ستة نظرنا فإن شرط تفريطها عند انقضاء المدة ونقله عنها صح لأنه لا يفضي الى الزيادة على مدته وقد يكون له غرض في ذلك لأخذه إياه قصيلاً أو غيره ويلزمه ما ألزم، وإن أطلق العقد ولم يشترط شيئاً احتمل أن يصح لأن الانتفاع في هذه المدة ممكن واحتمل أنه أمكن أن ينفع بالأرض في زرع ضرره كضرر الزرع المشروط ودونه مثل أن يزرعها شعيراً يأخذه قصيلاً صح لأن الانتفاع بها في بعض ما اقتضاه العقد ممكن وإن لم يكن كذلك لم يصح لأنه اكرت الأرض ما لا ينفع بالزرع فيه فأشبهه إجارة السبخة له، فإن قلنا يصح فإذا انقضت المدة ففيه وجهان : أحدهما حكمه حكم زرع المستأجر لما لا تكمل مدته لأنه ههنا مفروط واحتمل أن يلزم المكري تركه لأن التفريط منه حيث أكره مدة لزرع لا يكمل فيها، وإن شرط تبقيته حتى يكمل فالعقد فاسد لأنه جمع بين متضادين فإن تقدير المدة

فأشبهه بالو تبرعاً به . ولنا أن العرف التجاري بذلك يقوم مقام القول فصار كمن قد البلد وكما لو دخل
 حلاً أو جلس في سفينة، ثم ملاح ولان شاهد الحال بقتضيه فصار كالتعريض ، فاما ان لم يكونا منتصبين
 لذلك لم يستحقا أجراً الا بعد أو شرط الموضع أو تعريض به لانه لم يجز عرف يقوم مقام العقد فصار كما لو
 تبرع به أو عمله بغير إذن مالكة ولو دفع ثوباً إلى رجل ليأخذ الحكم فيه كالحكم في القصار والحياطة : ان كان
 منتصباً يبيع للناس باجر فله أجر مثله ، نص عليه أحمد وان لم يكن كذلك فلا شيء له لما تقدم ، ومنى دفع ثوبه إلى
 أحدهما ، ولم يقطع على أجر فله أجر المثل لان الثياب تختلف أجرها ولم يعين شيئاً فجرى مجرى الاجارة
 الفاسدة فان تلف الثوب من حرزه أو بغير فعله فلا ضمان عليه لان ما لا يضمن في العقد الصحيح لا يضمن
 في فاسده وان تلف من فعله بتخريقه أو دقه ضمنه لانه إذا ضمنه بذلك في العقد الصحيح في الفاسد
 أولى ، وقال أحمد فيمن دفع ثوباً إلى قصار ليقصمه ولم يقطع له أجراً بل قال أنا أعطيك كما تعطى وهلاك
 الثوب فان كان بخرق أو نحوه مما لا تجنيه يده فلا ضمان عليه بين الكرا أو لم يدين والعله في ذلك ما ذكرناه
 (فصل) اذا استأجر رجلاً ليحمل له كتاباً إلى مكة أو غيرها إلى صاحب له فحملة فوجد صاحبه
 غائباً فرده امتحق الاجر بحمله في الذهاب والرد لانه حمله في الذهاب باذن صاحبه صريحاً وفي الرد
 تضمننا لان تقدير كلامه وإن لم تجد صاحبه فرده إذ ليس سوى رده الا تضييعه فقد علم انه لا يرضى
 تضييعه فتعين رده والله أعلم

يقضي النقل فيها وشرط التيقية يخالفه ولان مدة التيقية مجهولة فان زرع لم يطالب بنقله كاتى تقدمت
 (مسألة) (وإذا تسل العين بالاجارة الفاسدة فعليه أجرة المثل سكن أو لم يسكن)

اذا قبض العين في الاجارة الفاسدة وبضت المدة أو مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها أو لا يمكن ففيه
 روايتان : إحداها عليه أجرة المثل لمدة بقائها في يده وهذا مذهب الشافعي لان المنافع تلفت تحت يده
 بعوض لم يسلم له فرجع إلى قيمتها كما لو استوقاها (والثانية) لا شيء له وهو قول أبي حنيفة لانه عقد
 فاسد على منافع لم يستوفها فلم يلزمه عوضه كالتكاح الفاسد . فأما إن بذل له التسليم في الاجارة الفاسدة
 فلم يتسلمها فلا أجر عليه لان المنافع لم تلف تحت يده ولا في ملكه ، وإن استوفى المنفعة في العقد
 الفاسد فعليه أجر المثل وبه قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة يجب أقل الامر من المسمى أو أجر
 المثل بناءً منه على ان المنافع لا تضمن إلا بالعقد . ولنا ان ما ضمن بالمسمى في العقد الصحيح وجب ضمانه
 بجميع القيمة في الفاسد كالأعيان وما ذكره غير مسلم

(مسألة) (اذا اكترى بدراهم وأعطاه عنها دنانير ثم انفسخ العقد رجع المستأجر بالدراهم)
 لان العقد اذا انفسخ رجع كل واحد من المتعاقدين في الموضع الذي بذله وعوض العقد هو الدراهم
 فكان الرجوع بها والدنانير انما أخذها المؤجر بعقد آخر سوى الاجارة ولم ينفسخ فأشبه ما إذا قبض
 الدراهم ثم صرفها بالدنانير .

كتاب إحياء الموات

الموات هو الأرض الخراب الدارسة تسمى ميتة ومواتا وموتانا بفتح الميم والواو والموتان بضم الميم وسكون الواو الموت الذريع ورجل موتان القلب بفتح الميم وسكون الواو يعني أعمى القلب لا يفهم والاصل في إحياء الأرض ماروي جابر رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « من أحيا أرض ميتة فهي له » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وروى سعيد بن زيد أن النبي ﷺ قال « من أحيا أرضا ميتة فهي له » قال الترمذي هذا حديث حسن ، وروى مالك في موطئه وأبو داود في سننه عن عائشة مثله قال ابن عبد البر وهو مسند صحيح متلقى بالقبول عند فقهاء المدينة وغيرهم ، وروى أبو عبيد في الاموال عن عائشة قالت قال رسول الله ﷺ « من أحيا أرضا ليست لاحد فهو أحق بها » قال عروة قضي بذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه في خلافته وعامة فقهاء الامصار على أن الموات يملك بالاحياء وان اختلفوا في شروطه

(مسألة) قال أبو القاسم (ومن أحيا أرضا لم يملك فهي له)

وجملته أن الموات قسمان (أحدهما) ما لم يجر عليه ملك لاحد ولم يوجد فيه أثر عمارة فهذا يملك بالاحياء بغير خلاف بين القائلين بالاحياء والاخبار التي رويتها متناولة له (القسم الثاني)

باب إحياء الموات

وهي الأرض الدائرة التي لا يعلم أنها ملكت والموات الأرض الدارسة تسمى ميتة ومواتا وموتانا بفتح الميم والواو والموتان بضم الميم وسكون الواو الموت الذريع ورجل موتان القلب بفتح الميم وسكون الواو يعني أعمى القلب لا يفهم والاصل في إحياء الموات ماروي جابر رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ قال « من أحيا أرضا ميتة فهي له » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وروى سعيد ابن زيد أن النبي ﷺ قال « من أحيا أرضا ميتة فهي له » قال الترمذي هذا حديث حسن وروى مالك في موطئه وأبو داود في سننه عن عائشة مثله قال ابن عبد البر وهو مسند صحيح متلقى بالقبول عند فقهاء المدينة وغيرهم وروى أبو عبيد في الاموال عن عائشة قالت قال رسول الله ﷺ « من أحيا أرضا ليست لاحد فهو أحق بها » قال عروة وقضي بذلك عمر بن الخطاب في خلافته وعامة فقهاء الامصار على أن الموات يملك بالاحياء وان اختلفوا في شروطه

(مسألة) (فان كان فيها آثار الملك ولا يعلم لها ملك ففيه روايتان)

وجملة ذلك أن الموات قسمان (أحدهما) ما لم يجر عليه ملك لاحد ولم يوجد فيه أثر عمارة فهذا يملك بالاحياء بغير خلاف بين القائلين بالاحياء لان الاخبار المروية متناولة له (القسم الثاني) ما جرى

ما جرى عليه ملك مالك وهو ثلاثة أنواع (أحدها) ماله مالك معين وهو ضربان (أحدهما) ممالك بشرى أو عطية فهذا لا يملك بالاحياء بغير خلاف ، وقال ابن عبد البر أجمع العلماء على أن ما عرف بملك مالك غير منقطع أنه لا يجوز احياءه لاحد غير أربابه الثاني ممالك بالاحياء ثم ترك حتى دثر وعاد مواتا فهو كالذي قبله سواء ، وقال مالك بملك هذا لعموم قوله « من أحيأ أرضا ميتة فهي له » ولأن أصل هذه الارض مباح فاذا تركت حتى تصير مواتا عادت الى الاباحة كن أخذ ماء من نهر ثم رده فيه

ولنا أن هذه أرض يعرف مالكم فلم يملك بالاحياء كإني ملكت بشرى أو عطية والخبر مقيد بغير المملوك بقوله في الرواية الاخرى « من أحيأ أرضا ميتة ليست لاحد » وقوله « في غير حق مسلم » وهذا يوجب تقييد مطلق حديثه ، وقال هشام بن عروة في تفسير قوله عليه السلام « ليس امرق ظالم حق » الظالم أن يأتي الرجل الارض الميتة لغيره فيغرس فيها ذكره سعيد بن منصور في سننه ثم الحديث مخصوص بما ملك بشرى أو عطية فليس عليه محل النزاع ولأن سائر الاموال لا يزول الملك عنها بالترك بدليل سائر الاملاك اذا تركت حتى تشعث وما ذكره يبطل بالموات اذا أحيأ انسان ثم باعه فتركه المشتري حتى عاد مواتا وبلاغة اذا ملكها ثم ضاعت منه ويخالف ماء النهر فإنه استهلك (النوع الثاني) ما يوجد فيه آثار ملك قديم جاهلي كآثار الروم ومساكن ثمود ونحوهم فهذا يملك بالاحياء لان ذلك الملك لاحرمة له وقد روي عن طائفة من النسي عليه السلام أن قال « عادي الارض

عليه ملك وهو ثلاثة أنواع (أحدهما) ماله مالك معين وهو ضربان (أحدهما) ممالك بشرى أو عطية فهذا لا يملك بالاحياء بغير خلاف قال ابن عبد البر أجمع العلماء أن ما عرف بملك مالك غير منقطع أنه لا يجوز احياءه لاحد غير أربابه (الثاني) ممالك بالاحياء ثم ترك حتى دثر وعاد مواتا فهو كالذي قبله سواء ، وقال مالك بملك لعموم قوله « من أحيأ أرضا ميتة فهي له » ولأن أصل هذه الارض مباح فاذا تركت حتى تصير مواتا عادت الى الاباحة كن أخذ ماء من نهر ثم رده فيه

ولنا أن هذه أرض يعرف مالكم فلم يملك بالاحياء كإني ملكت بشرى أو عطية والخبر مقيد بغير المملوك بقوله في الرواية الاخرى « من أحيأ أرضا ميتة ليست لاحد » وقوله « من غير حق مسلم » وهذا يوجب تقييد مطلق حديثه ، وقال هشام بن عروة في تفسير قوله عليه السلام « ليس امرق ظالم حق » الظالم أن يأتي الرجل الارض الميتة لغيره فيغرس فيها رواد سعيد بن منصور في سننه ثم الحديث مخصوص بما ملك بشرى أو عطية فليس عليه محل النزاع ولأن سائر الاموال لا يزول الملك عنها بالترك بدليل سائر الاملاك اذا تركت حتى تشعث وما ذكره يبطل بالموات اذا أحيأ انسان ثم باعه فتركه المشتري حتى عاد مواتا وبلاغة اذا ملكها ثم ضاعت منه ويخالف ماء النهر فإنه استهلك (النوع الثاني) ما يوجد فيه آثار ملك قديم جاهلي كآثار الروم ومساكن ثمود ونحوهم فهذا يملك بالاحياء في أظهر الروايتين لما ذكرنا من الاحاديث ولأن ذلك الملك لاحرمة له لما روي طائفة عن

ﷺ ورسوله ﷺ هو بعد لكم « رواه سعيد بن منصور في سننه وأبو عبيد في الاموال وقال عادي الارض التي كان بها ساكن في آباد الدهر فانقرضوا فلم يبق منهم أنيس وانما نسبها الى عاد لانهم كانوا مع تقدمهم ذوي قوة وبطش وآثار كثيرة فنسب كل أثر قدم اليهم ، ويحتمل أن كلما فيه أثر الملك ولم يعلم زواله قبل الاسلام أنه لا يملك لانه يحتمل ان المسلمين أخذوه عامراً فاستحقوه فصار موقوفاً بوقف عمر له فلم يملك كما لو علم مالكه

(النوع الثالث) ماجرى عليه الملك في الاسلام لمسلم أو ذمي غير معين فظاهر كلام الحرقى أنها لا تملك بالاحياء ، وهو أحد الروايتين عن أحمد نقلها عنه أبو داود وأبو الحارث ويوسف بن مرمى لما روى كثير بن عبد الله بن عوف عن أبيه عن جده قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « من أحيأ أرضاً مواتاً في غير حق مسلم فهي له » فقيدة بكونه في غير حق مسلم ، ولأن هذه الارض لها مالك فلم يجز إحيائها كما لو كان معيناً فان مالكتها إن كان له ورثة فهي لهم وإن لم يكن له ورثة ورثتها المسلمون (والرواية الثانية) أنها تملك بالاحياء نقلها صالح وغيره وهو مذهب أبي حنيفة ومالك لعموم الاخبار ولأنها أرض موات لا حق فيها لقوم بأعيانهم أشبهت مالم يجر عليه ملك مالك ، ولأنها إن كانت في دار الاسلام فهي كقطعة دار الاسلام وإن كانت في دار الكفر فهي كالركاز (فصل) ولا فرق فيما ذكرنا بين دار الحرب ودار الاسلام لعموم الاخبار ، ولأن عامر دار

الذمي ﷺ أنه قال « عادي الارض ﷺ ورسوله ﷺ هي لكم بعد » رواه سعيد في سننه وأبو عبيد في الاموال وقال عادي الارض التي كان بها ساكن في آباد الدهر فانقرضوا فلم يبق منهم أنيس وانما نسبها الى عاد لانهم كانوا مع تقدمهم ذوي قوة وبطش وآثار كثيرة فنسب كل أثر قدم اليهم والرواية الثانية لا تملك لأنها إما لمسلم أو ذمي أو بيت المال أشبهت مالم تعين مالكه قال شيخنا ويحتمل أن كل مانحه أثر الملك ولم يعلم زواله قبل الاسلام أنه لا يملك لانه يحتمل أن المسلمين أخذوه عامراً فاستحقوه فصار موقوفاً بوقف عمر له فلم يملك كما لو علم مالكه (النوع الثالث) ماجرى عليه الملك في الاسلام لمسلم أو ذمي غير معين فظاهر كلام الحرقى أنه لا يملك بالاحياء ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد نقلها عنه أبو داود وأبو الحرث لما روى كثير بن عبد الله بن عوف عن أبيه عن جده قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « من أحيأ أرضاً مواتاً في غير حق مسلم فهي له » فقيدة بكونه في غير حق مسلم ولأن هذه الارض لها مالك فلم يجز إحيائها كما لو كان معيناً فان مالكتها إن كان له ورثة فهي لهم وإن لم يكن له ورثة ورثتها المسلمون (والثانية) أنها تملك بالاحياء نقلها صالح وغيره وهي مذهب أبي حنيفة ومالك لعموم الاخبار ولأنها أرض موات لا حق فيها لقوم بأعيانهم أشبهت مالم يجر عليه ملك مالك ، ولأنها إن كانت في دار الاسلام فهي كقطعة دار الاسلام وإن كانت في دار الكفر فهي كالركاز (مسألة) (ومن أحيأ أرضاً معينة فهي للاخبار التي رويها مسلم كان أو كافراً في دار الاسلام وغيرها)

الحرب انا يملك بالقهر والغلبة كسائر أموالهم ، فأما ما عرف انه كان مملوكا ولم يعلم له مالك معين فهو على الروايتين ، فان قيل فهذا ملك كافر غير محترم فأشبهه ديار عاد وقد دل عليه قوله عليه السلام «عادي الارض لله ورسوله» ولان الركاز من أموالهم ويملكه واجده فهذا أولى قلنا قوله «عادي الارض» يعني ما تقدم ملكه ومضت عليه الازمان وما كان كذلك فلا حكم للمالكه فأما ما قرب ملكه فيحتمل أن له مالكا باقيا وان لم يتعين فهذا قلنا لا يملك على إحدى الروايتين وأما الركاز فانه ينقل ويحول وهذا بخلاف الارض بدليل أن لقطة دار الاسلام تملك بعد التعريف بخلاف الارض

(فصل) ولا فرق بين المسلم والذمي في الاحياء نص عليه أحمد وبه قول مالك وأبو حنيفة ، وقال مالك لا يملك الذمي بالاحياء في دار الاسلام قل القاضي وهو مذهب جماعة من أصحابنا لقول النبي ﷺ «موتان الارض لله ورسوله ثم هي لكم مني» فجمع الموتان وجعله للمسلمين ولان موتان الدار من حقوقها والدار للمسلمين فكان مواتها لهم كرافق المملوك

ولنا عموم قول النبي «من احيا أرضا ميتة فهي له» ولان هذه جهة من جهات التملك فاشترك فيها المسلم والذمي كسائر جهاته وحديثهم لا نعرفه انما نعرف قوله «عادي الارض لله ورسوله ثم هي لكم بعد» ومن احيا مواتا من الارض فله رقبته هكذا رواه سعيد بن منصور وهو مرسل رواه طائفة عن النبي ﷺ ثم لا يمتنع أن يريد بقوله «هي لكم» أي لاهل دار الاسلام والذمي من أهل الدار تجري

لعموم الاخبار ولان عامر دار الحرب انما يملك بالقهر والغلبة كسائر أموالهم فأما ما عرف انه كان مملوكا في دار الحرب ولم يعلم له مالك معين فهو على الروايتين فان قيل هذا ملك كافر غير محترم فأشبهه ديار عاد وقد دل عليه قوله عليه السلام «عادي الارض لله ورسوله ثم هي لكم بعد» ولان الركاز من أموالهم ويملكه واجده فهذا أولى قلنا قوله «عادي الارض» يعني ما تقدم ملكه ومضت عليه الازمان وما كان كذلك فلا حكم للمالكه فأما ما قرب ملكه فيحتمل أن له مالكا باقيا وان لم يتعين فهذا قلنا لا يملك على إحدى الروايتين وأما الركاز فانه ينقل ويحول وهذا بخلاف الارض بدليل أن لقطة دار الاسلام تملك بعد التعريف بخلاف الارض

(فصل) ولا فرق بين المسلم والذمي في الاحياء نص عليه أحمد وبه قول مالك وأبو حنيفة وقال مالك لا يملك الذمي بالاحياء في دار الاسلام قل القاضي وهذا مذهب جماعة من أصحابنا لقول رسول الله ﷺ «موتان الارض لله ورسوله ثم هي لكم مني» فجمع الموتان ثم جعله للمسلمين ولان موتان الارض من حقوقها والدار للمسلمين فكان مواتها لهم كرافق المملوك

ولنا عموم قوله عليه السلام «من احيا أرضا ميتة فهي له» ولان هذه جهة من جهات التملك فاشترك فيها المسلم والذمي كسائر جهاته وحديثهم لا نعرفه انما نعرف قوله «عادي الارض لله ورسوله ثم هي لكم بعد» ومن احيا مواتا من الارض فله رقبته هكذا روي سعيد بن منصور وهو مرسل ورواه طائفة

عليه أحكامها وقولهم إنها من حقوق الاسلام قلنا وهو من أهل الدار فيتمليكها كما يملكها بالشراء ،
ويملك مباحاتها من الحشيش والحطب والصيد والركاز والمعدن والانتفاذه من مرافق دار الاسلام
(فصل ١ وما قرب من العامر وتعلق بمصالحه من طرقه ومسبل مائه ومطرح قناته وملقى ثوبه
وآلاته فلا يجوز أحياءه بغير خلاف في المذهب وكذلك ما تعلق بمصالح القرية كغنائها ودرعي
ماشيتها ومخبطها وطرقها ومسبل مائه لا يملك بالاحياء ولا نعلم فيه أيضا خلافا بين أهل العلم وكذلك
حريم البئر والنهر والعين وكل يملك لا يجوز أحياء ما تعلق بمصالحه لقوله عليه السلام « من أحيأ أرضا
بيتة في غير حق مسلم فهي له » مفهومه ان ما تعلق به حق مسلم لا يملك بالاحياء ولأنه تابع للمملوك ،
ولو جردنا أحياءه لبطل الملك في العامر على أهله ، وذكر القاضي ان هذه المرافق لا يملكها المجبي
بالاحياء لكن هو أحق بهما من غيره لأن الاحياء الذي هو سبب الملك لم يوجد فيها ، وقال الشافعي :
يملك بذلك وهو ذمار قول الحرقي في حريم البئر لأنه مكان استحققه بالاحياء فنكده كالمجبي ، ولأن
معنى الملك موجود فيه لأنه يدخل مع الدار في البيع ويختص به صاحبها ، فاما ما قرب من العامر ولم
يتعلق بمصالحه ففيه روايتان (احدهما) يجوز أحياءه ، قال أحمد في رواية أبي الصقر في رجلين أحياهما
من موات وبعيت بينهما رقعة فجاء رجل ليحييها فليس لها منعه ، وقال في جبانة بين قريتين : من أحياما
فهي له ، وهذا مذهب الشافعي لعدم قوله عليه السلام « من أحيأ أرضا بيتة فهي له » ولأن النبي

عن النبي ﷺ ثم لا يمتنع أن يريد بقوله « هي لكم » أي لأهل دار الاسلام والقني من أهل الدار
تجزي عليه أحكامها وقولهم إنها من حقوق دار الاسلام قلنا هو من أهل الدار فيتمليكها كما يملكها
بالشراء ولأنه يملك مباحاتها من الحشيش والحطب والصيد والركاز والمعدن والانتفاذه من مرافق
دار الاسلام فكذلك الموات

(مسألة) (وملكه باذن الامام وغير اذنه)

وجملة ذلك أن أحياء الموات لا يفتقر إلى اذن الامام وبهذا قل الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال
أبو حنيفة يفتقر إلى اذن ، لأن للاسام دخلا في النظر في ذلك بدليل من تمجور مواتا فلم يجه فانه بطالبه
بالاحياء ، أو الترك فافتقر إلى اذنه كمال بيت المال

ولما عموم قوله عليه السلام « من أحيأ أرضا ميتة فهي له » ولأن هذه من مباحة فلا يفتقر تملكها
إلى اذن الامام كأخذ الحشيش والحطب ونظر الامام في ذلك لا يدل على اعتبار اذنه ألا ترى أن من
وقف في مشرعة طالبه الامام أن يأخذ حاجته وينصرف ولم يفتقر ذلك إلى اذنه وأما مال بيت المال
فهو مملوك للمسلمين والامام تعيين مصارفه وتربيها فافتقر إلى اذنه بخلاف مسئلتنا فان هذا مباح فمن
سبق إليه كان أحق الناس به كسائر المباحات

(مسألة) (الا ما أحياه مسلم من أرض الكفار التي صولحوا عليها)

وَاللَّهُ أَفْطَحَ بِلَالُ بْنُ الْخَارِثِ الْمَزْنِي الْعَمِيقُ رَهُو يَلْمُ أَنَّهُ بَيْنَ عَمَارَةَ الْمَدِينَةِ ، وَلِأَنَّهُ مَوَاتٌ لَمْ يَتَمَلَقَ بِهِ مَصَالِحَةُ الْعَامِرِ فَجَازَ أَحْيَاؤُهُ كَالْبَعِيدِ (وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ) لَا يَجُوزُ أَحْيَاؤُهُ ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالْأَيْبُثُ لِأَنَّهُ فِي مِظَنَّةٍ تَعْلُقُ الْمَصْلَحَةَ بِهِ فَانَّهُ يَحْتَمَلُ أَنْ يَحْتَاجَ إِلَى فَتْحِ بَابٍ فِي حَائِطِهِ إِلَى فَنَائِهِ وَيَجْعَلُهُ طَرِيقًا أَوْ يَخْرُبُ حَائِطَهُ فَيَضَعُ آلَاتِ الْبِنَاءِ فِي فَنَائِهِ وَغَيْرَ ذَلِكَ وَلَمْ يَجْزِ تَقْوِيتُ ذَلِكَ عَلَيْهِ بِخِلَافِ الْبَعِيدِ

إِذَا ثَبِتَ هَذَا فَانَّهُ لَا حَدٌّ يَفْصِلُ بَيْنَ الْقَرِيبِ وَالْبَعِيدِ سِوَى الْعَرَفِ ، وَقَالَ الْأَيْبُثُ : حَدُّهُ غُلُوبَةٌ وَهِيَ خَمْسٌ خَمْسٍ الْفَرَسِخِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : حَدُّ الْبَعِيدِ هُوَ الَّذِي إِذَا وَقَفَ الرَّجُلُ فِي أَدْنَاهُ فَصَاحَ بِأَعْلَى صَوْتِهِ لَمْ يَسْمَعْ أَذُنَى أَهْلِ الْمَصْرِ إِلَيْهِ

وَلَنَا أَنَّ التَّحْدِيدَ لَا يَعْرِفُ إِلَّا بِالتَّوْقِيفِ وَلَا يَعْرِفُ بِالرَّأْيِ وَالتَّحْكُمِ دَلِمَ يَرُدُّ مِنَ الشَّرْعِ لِذَلِكَ تَحْدِيدُ فَوْجٍ أَنْ يَرْجِعَ فِي ذَلِكَ إِلَى الْعَرَفِ كَالْقَبِضِ وَالْأَحْرَازِ . وَقَوْلُ مَنْ حَدَّدَ هَذَا نَحْكُمُ بِغَيْرِ دَلِيلٍ وَلَيْسَ ذَلِكَ أَوَّلَى مِنْ تَحْدِيدِهِ بِشَيْءٍ آخَرَ كَيْلٍ وَنِصْفِ مِيلٍ وَنَحْوِ ذَلِكَ ، وَهَذَا التَّحْدِيدُ الَّذِي ذَكَرَاهُ — وَاللَّهُ أَعْلَمُ — مَخْتَصٌ بِمَا قَرَّبَ مِنَ الْمَصْرِ أَوْ الْقَرْيَةِ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ حَدًّا لِكُلِّ مَا قَرَّبَ مِنْ عَامِرٍ لِأَنَّهُ يَفْضِي إِلَى أَنْ مِنْ أَحْيَا أَرْضًا فِي مَوَاتٍ حَرَمَ أَحْيَا شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ الْمَوَاتِ عَلَى غَيْرِهِ مَا لَمْ يَخْرُجْ عَنْ ذَلِكَ الْمَدِّ

(فَصْلُ) وَجَمِيعُ الْبِلَادِ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ سِوَا الْمَتَوَحِّعِ عَنْوَةً كَأَرْضِ الشَّامِ وَالْعِرَاقِ وَمَا أَسْلَمَ أَهْلُهُ عَلَيْهِ

وَجَمَلَةُ ذَلِكَ أَنَّ جَمِيعَ الْبِلَادِ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ سِوَا الْمَتَوَحِّعِ عَنْوَةً كَأَرْضِ الشَّامِ وَالْعِرَاقِ وَمَا أَسْلَمَ أَهْلُهُ عَلَيْهِ كَالْمَدِينَةِ ، وَمَا صَوَّلَ أَهْلُهُ عَلَى أَنَّ الْأَرْضَ لِلْمُسْلِمِينَ كَأَرْضِ خَيْبَرَ إِلَّا الَّذِي صَوَّلَ أَهْلُهُ عَلَى أَنَّ الْأَرْضَ لَهُمْ وَلَنَا الْخُرَاجُ عَنْهَا فَإِنْ أَصْحَابُنَا قَالُوا لَوْ دَخَلَ الْيَهُاسَلِمُ نَاحِيَا فِيهَا مَوَاتًا لَمْ يَمْلِكْ لَهَا لَهُمْ صَوْلُوحًا فِي بِلَادِهِمْ فَلَا يَجُوزُ التَّعَرُّضُ لَشَيْءٍ مِنْهَا عَامِرًا كَانَ أَوْ مَوَاتًا لِأَنَّ الْمَوَاتَ تَابِعٌ لِلْبِلَادِ فَإِذَا لَمْ يَمْلِكْ عَلَيْهِمْ الْبِلَادُ لَمْ يَمْلِكْ مَوَاتَهُ وَيَفَارِقُ دَارَ الْحَرْبِ حَيْثُ يَمْلِكُ مَوَاتُهَا لِأَنَّ دَارَ الْحَرْبِ عَلَى أَصْلِ الْإِبَاحَةِ وَهَذِهِ صَالِحُ النَّامِ عَلَى تَرْكِهَا لَهُمْ وَيَحْتَمَلُ أَنْ يَمْلِكُهَا مِنْ أَحْيَاها لِمَوْتِ الْخَبَرِ ، وَلِأَنَّهُ مِنْ مَبَاهِثِ دَارِهِمْ فَجَازَ أَنْ يَمْلِكُهَا مِنْ وَجَدَ مِنْهُ سَبَبٌ تَمْلِكُهَا كَالْحَشِيشِ وَالْخَطَبِ

وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَيْسَ فِي السَّوَادِ مَوَاتٌ يَعْنِي سِوَادَ الْعِرَاقِ قَالَ الْقَاضِي هُوَ مَحْمُولٌ عَلَى الْعَامِرِ ، وَيَحْتَمَلُ أَنْ أَحْمَدُ قَالَ ذَلِكَ لِكَوْنِ السَّوَادِ كَانَ مَعْمُورًا كَمَا فِي زَمَنِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ حِينَ أَخَذَهُ الْمُسْلِمُونَ مِنَ الْكُفَّارِ حَتَّى بَلَّغْنَا أَنْ رَجُلًا سَأَلَ أَنْ يُعْطَى خَرْبَةٌ فَلَمْ يَجِدُوا لَهُ خَرْبَةً فَقَالَ أَرَدْتُ أَنْ أَعْلِمَكُمْ كَيْفَ أَخَذْتُمُوهَا مِنَّا وَإِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهَا مَوَاتٌ حِينَ مَلَكَهَا الْمُسْلِمُونَ لَمْ يَصِرْ فِيهَا مَوَاتٌ بَعْدَهُ لِأَنَّ مَا دُثِرَ مِنْ أَمْلَاكِ الْمُسْلِمِينَ لَمْ يَصِرْ مَوَاتًا عَلَى إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ

(مَسْئَلَةٌ) (وَمَا قَرَّبَ مِنَ الْعَامِرِ وَتَعْلُقُ بِمَصَالِحِهِ لَا بِمَلَائِكَةِ الْأَحْيَا فَإِنَّ لَمْ يَتَعْلَقْ بِمَصَالِحِهِ فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ)

كالمدينة وما صور على أنه الأرض للمسلمين كأرض خيبر إلا الذي صرح أهله على أن الأرض لهم وأنا الخراج عنها فإن أصحابنا قالوا لو دخل فيها مسلم فأحيا فيها مواتا لم يملكه لأنهم صولحو في بلادهم فلا يجوز التمرض بشيء منها عامراً كان أو مواتاً لأن الموات تابع للبلد فإذا لم يملك عليهم البلد لم يملك مواته ، ويفارق دار الحرب حيث يملك مواتها لأن دار الحرب على أصل الاباحة وهذه مصالحهم على تركها لهم فخرمت علينا ، ويحتمل أن يملكها من أحياها لعموم الخبر ، ولأنهم من مباحات دارهم فجواز أن يملكها من وجد منه سبب تملكها كالخشيش والحطب ، وقد روي عن أحمد أنه ليس في السواد موات يعني سواد العراق . قال القاضي : هذا محمول على التام ، ويحتمل أن أحمد قال ذلك لكون السواد كان معموراً كله في زمن عمر بن الخطاب حين أخذه المسلمون من الكفار حتى بلغنا أن رجلاً منهم سأل أن يعطى خربة فلم يمدوا له خربة فقال إنما أردت أن أعلمكم كيف أخذتموها منا ، وإذا لم يكن فيها موات حين ملكها المسلمون لم يصر فيها موات بعده لأن ما أثر من أملاك المسلمين لم يصر مواتاً على إحدى الروايتين

(فصل) وإن تجبر مواتاً وهو أن يشرع في أحيائه مثل أن أدار حول الأرض تراباً أو أحجاراً أو حاطها بمحائط صغير لم يملكها بذلك لأن الملك بالاحياء وليس هذا إحياء لكن بصير أحق . اس به لانه روي عن النبي ﷺ أنه قال « من سبق الى ماله بسبق الى مسلم فهو أحق به » رواه ابو داود فان

كل ما تعلق بمصالح العامر من طريقه ومسبل مائه ومطرحة قائمته وانى تراه وآلاته لا يجوز احياءه بغير خلاف في المذهب وكذلك ما تعلق بمصالح القرية كفنائها ومرعى ماشيتها ومخبطها وطرقها ومسبل ما فيها لا يملك بالاحياء لانهم فيه أيضاً خلافاً بين أهل العلم وكذلك حريم البئر والنهر والعين وكل ملك لا يجوز احياء ما تعلق بمصالحه لقوله عليه السلام « من أحيا أرضاً ميتة في غير حق مسلم فهي له » منهو به أن ما تعلق به حق لم لا يملك بالاحياء . ولأنه تابع للملك ولو جوزنا احياءه لبطل الملك في العامر على أهله ، وذكر القاضي أن هذه المرافق لا يملكها المحيي بالاحياء لكن هو أحق بها من غيره لأن الاحياء الذي هو سبب الملك لم يوجد فيها : وقال الشافعي تملك بذلك وهو ظاهر قول الحنفي في حريم البئر لانه مكان استحققه بالاحياء ، فملكه كالحجبي ، ولأن معنى الملك وجود فيه لانه يدخل مع الدار في البيع ويختص به صاحبها ، فأما ما قرب من العامر ولم يتعلق بمصالحه فيجوز احياءه في إحدى الروايتين . قال أحمد في رواية أبي الصقر في رجلين أحيا قطعتين من موات وبقيت بينهما رقعة فجاء رجل ليحياها فليس لها منه ، وقال في جبانة بين قريتين : من أحياها فهي له وهذا مذهب الشافعي لعموم قوله عليه السلام « من أحيا أرضاً ميتة فهي له » ولأن النبي ﷺ أقسم بلال بن الحارث العتيق وهو يعلم أنه من عمارة المدينة ، ولأنه موات لم يتعلق به مصلحة العامر فجاز احياءه كالبيد

(والثانية) لا يجوز احياءه وبه قال أبو جنيمة والاثبات لانه في مظنة تعلق المصلحة به فانه يحتمل

نقله الى غيره صار الثاني ينزله لان صاحبه أقامه مقامه ، وان مات فوارثه أحق به لقول النبي ﷺ « من ترك حقا او مالا فهو لورثته ، فان باعه لم يصح بيعه ، لانه لم يملكه فلم يملك بيعه كحق الشفعة قبل الاخذ به وكن سبق الى معدن او مباح قبل أخذه قل ابو الخطاب ويحتمل جواز بيعه لانه له فان سبق غيره فأحياء ففيه وجهان (أحدهما) انه يملكه لان الاحياء يملك به والحجر لا يملك به ثبت الملك بما يملك به دون مالم يملك به كن سبق الى معدن او مشرعة ماء ، فجاء غيره فأزاله وأخذه . (والثاني) لا يملكه لان مفهوم قوله عليه السلام « من أحيأ أرضا ميتة ليست لاحد - وقوله - في حق غير مسلم فهي له » انها لا تكون له اذا كان لمسلم فيها حق ، وكذلك قوله « من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهو أحق به » وروى سعيد في سننه ان عمر رضي الله عنه قال : من كانت له أرض يعني من تحجر أرضا فعطأها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها ، وهذا يدل على ان من عمرها قبل ثلاث سنين لا يملكها ولان الثاني أحيأ في حق غيره فلم يملكه كما لو أحيأ ماتته لاني به مصالح ذلك غيره ولان حق المتحجر أسبق فكان أولي كحق الشفعة يقدم على شراء المشتري ، فان طالبت المدة عليه فينبغي أن يقول له السلطان إما أن تحييه أو تتركه ليحييه غيرك لانه ضيق على الناس في حق مشترك بينهم فلم يمكن من ذلك كما لو وقف في طريق ضيق او مشرعة ماء ، أو معدن لا ينتفع ولا يدع غيره ينتفع ، فان الامهال اعذر له أهل الشهر والشهرين ونحو ذلك ، فان أحيأ غيره في مدة المدة ففيه الوجهان

أن يحتاج إلى فتح باب في حائطه الى فئانه ويجعله طريقا أو يخرج حائطه فيجعل آلات البناء في فئانه وغير ذلك فلم يجز تفويت ذلك عليه بخلاف البعيد . اذا ثبت هذا فانما يرجع في القريب والبعيد إلى العرف ، وقال الايث حده غلوة وهو خمس خمس الفرسخ ، وقال أبو حنيفة حد البعيد هو الذي اذا وقف الرجل في أدناه فصاح بأعلى صوته لم يسمع أدنى أهل المصر اليه (والثاني) أن التحديد لا يعرف إلا بالتوقيف ولا يعرف بالرأي والتحكم ولم يرد من الشرع تحديد له فوجب أن يرجع في ذلك الى العرف كالقبض والاحراز نقول من حدد بهذا تحكم بغير دليل وليس ذلك بأولى من تحديده بشيء آخر كبل أو نصف ميل وهذا التحديد الذي ذكره الله أعلم يختص بما قرب من المصر أو القرية ، ولا يجوز أن يكون حدا لكل ما قرب من عامر لانه ينفضي الى أن من أحيأ أرضا في موات حرم احياء شيء من ذلك الموات على غيره مالم يخرج عن ذلك الحد

(مسألة) (ولا تملك المعادن الظاهرة كاللح والقار ، والكحل والجص ، والنفط بالاحياء

وليس للامام اقطاعه)

وجملة ذلك أن المعادن الظاهرة وهي التي يوصل الى ما فيها من غير مؤنة يملكها الناس وينتفعون بها كاللح والماء والكبريت والقيير والموديا والنفط والكحل والبرام والياقوت ومقاع الطين وأشياء ذلك لا يملك بالاحياء ولا يجوز اقطاعه لاحد من الناس ولا احتجاره دون المسلمين لان فيه ضررا

الاذان ذكرناها ، وإن قُضت المدة ولم يعمر فغيره أن يعمر . وبذلك لأن المدة ضربت له لينقطع حقه بمضيها . وواء أذن له السلطان في عمارتها أو لم يأذن له ، وإن لم يكن للمنحجر عذر في ترك العارة قيل له إما أن تعمر وإما أن ترفع يدك ، فإن لم يعمرها كان لغيره عمارتها فإن لم يقل له شيء واستمر تعطيلها فقد ذكرنا عن عمر رضي الله عنه أن من شجر أرضا فعطائها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها ، ومذهب الشافعي في هذا كله نحو ما ذكرنا

(فصل) وللإمام 'قطاع الموات لمن يحبه' فيكون بمنزلة المنحجر الشارع في الأحياء لما روي أن النبي ﷺ أقطع بلال بن الحرث العقيلي أجمع فلما كان عمر قل بلال أن رسول الله ﷺ لم يقطعك لتحيزه عن الناس إنما أقطعك لتعمر فخدمتها ما قدرت على عمارته ورد الباقي رواه أبو عبيد في الأموال وذكر سعيد في سننه حدثنا عبد العزيز بن محمد عن ربيعة قال سمعت الحرث بن بلال بن الحرث يقول أن رسول الله ﷺ أقطع بلال بن الحرث العقيلي ، فلما ولي عمر بن الخطاب قل ما أقطعك لتحيزه فاطعه الناس ، وروي علقمة بن وائل عن أبيه أن النبي ﷺ أقطع أرضا بمحضرموت قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح : وقال سعيد حدثنا دفيان عن ابن أبي نجيح عن عمرو بن شعيب أن رسول الله ﷺ أقطع ناساً من جبهة أو مزينة أرضاً فعطلوها فجاء قوم فأحبوها فخصهم الذين أقطعهم رسول الله ﷺ إلى عمر بن الخطاب فقال عمر : لو كانت قطعة مني أو من أبي بكر

بالمسلمين وتضييقاً عليهم ، ولما روى أبو عبيد وأبو داود والترمذي بإسنادهم عن أبيض بن حمال أنه استقطع رسول الله ﷺ الملح الذي بأرب فلما ولي قيل لرسول الله ﷺ أنتدري ما أقطعك له إنما أقطعته الماء العد فرجعه منه ، قال قلت لرسول الله ﷺ ما يحبسني من الأراك ؟ قال : ما لم تنله أخفاف الأبل وهو حديث غريب

ورواه سعيد قال حدثني اسماعيل بن عياش عن عمرو بن قيس المأربي عن أبيه عن أبيض بن حمال المأربي قال : استقطعت رسول الله ﷺ معدن الملح بأرب فأقطعنيه فقيل لرسول الله ﷺ أنه بمنزلة الماء العد يعني أنه لا ينقطع فقال رسول الله ﷺ : فلا إذن ، ولأن هذا يتعلق به مصالح المسلمين العامة فلم يجوز أحباؤه ولا أقطاعه كشارع الماء وطرقات المسلمين . قال ابن عقيل هذا من مواد الله الكريم وفرض جوده الذي لا غنا عنه ، ولو ملكه أحد بالاحتجار ملك منعه فضايق على الناس ، فإن أخذ العوض عنه أنلاه فخرج عن الوضع الذي وضعه الله به من تعمير ذوي الحوائج من غير كلفة وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه مخالفاً

(فصل) فأما المعادن الباطنة وهي التي لا يوصل إليها إلا بالعمل والمؤنة كعادن الذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص والبلور والفيروزج فإن كانت ظاهرة لم تملك أيضاً بالأحياء لما ذكرنا في التي قبلها ، وإن لم تكن ظاهرة فخبرها إنسان وأظهرها لم يملكها بذلك في ظاهر المذهب وظاهر مذهب

لم أردھا ولكنها طعيمة من رسول الله ﷺ فأنا أردھا، ثم قال عمر رضي الله عنه: من كانت له أرض يعني من تحجز أرضا فعالمها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها
 (مسئلة) قال (إلا أن تكون أرض مطح أو ماء للمسلمين فيه المنفعة فلا يجوز أن ينفرد بها الانسان)

وجملة ذلك ان المعادن الظاهرة وهي التي يوصل مافيه من غير مؤنة ينتابها الناس وينتفعون بها كالملح والماء والكبريت والقيز والمومياء والنفط وانكحل والبرام والياقوت ومقاطع الطين وأشباه ذلك لأنك بالاحياء ولا يجوز إقطاعها لاحد من الناس ولا احتجازها دون المسلمين لان فيه ضرراً بالمسلمين ونضيقاً عليهم ولان النبي ﷺ أقطع أبيض بن حمال معدن الملح فلما قيل له انه بمنزلة الماء العذب رده، كذا قال أحمد، وروى أبو عبيد وأبو داود والترمذي بإسنادهم عن أبيض بن حمال انه استنظم رسول الله ﷺ الملح بأرب فلما ولي قيل يا رسول الله أتدري ما أقطعت له؟ انما أقطعت له الماء العذب فرجعه منه، قال قلت يا رسول الله ما يحمي من الاراك؟ قل: ما لم تنله أنتفأ الابل، وهو حديث غريب، وروى في لفظ عنه انه قال: «لا حى في الاراك» ورواه سعيد فقال حدثني بإسماعيل بن عياش عن عمرو بن قيس الماربي عن أبيه عن أبيض بن حمال الماربي قال استنظمت رسول الله

الشافعي ويحتمل أن يملكها بذلك وهو قول للشافعي لانه موات لا ينتفع به إلا بالعمل والمؤنة فملك الاحياء كالارض ولانه باظهاره تهيأ للانتفاع به من غير حاجة إلى تكرار ذلك العمل فأشبه الارض اذا أحيها بما، أو حاطها ووجه الاول أن الاحياء الذي يملك به هو العمارة التي يتهيأ بها المحي للانتفاع من غير تكرار عمل وهذا حفر ونحريه يحتاج الى تكرار عند كل انتفاع، فان قيل فلو احتفر بئرأ ملكها وملك حريمها قلنا البئر تهيأت للانتفاع بها من غير تجديد حفر ولا عمارة وهذه المعادن تحتاج عند كل انتفاع إلى عمل وعمارة فافترقا، قال أصحابنا وإيسر الامام اقطاعها لانها لأنك بالاحياء والصحيح جواز ذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم أقطع بلال بن الحارث معادن القبلية جلسيها وغوريها. رواه أبو داود وغيره

(مسئلة) (فان كان بقرب الساحل موضع)

اذا حصل فيه الماء صار مباحا، لك بالاحياء، والامام اقطاعه لا يضييق على المسلمين باحداثه بل يحدث نفعه بفعله فلم يمنع منه كبقية الموات وأحياء هذا تهيئته لما يصلح له من حفر ترابه وتمهيد وفتح قناة اليه تصب الماء فيه لانه يتهيأ بهذا للانتفاع به

(مسئلة) (واذا ملك المحي ملك مافيه من المعادن الباطنة كالمعادن الذهب والفضة)

اذا ملك الارض بالاحياء فظهر فيها معدن جامد ملكه ظاهراً كان أو باطناً لانه ملك الارض

ﷺ معدن الملح بأرب فأقطعني، فقيل يا رسول الله أنه بمنزلة الماء العذبني أنه لا يقطع فقال رسول الله ﷺ « فلا إذن » ولأن هذا يتعلق به مصالح المسلمين العامة فلم يجز أحياء ولا أقطاعه كشارع الماء وطرق المسلمين، قال ابن عقيل هذا من مواد الله الكريم وفيض جوده الذي لا غناء عنه فلو ملكه أحد بالاحتجاز ملك منه فضايق على الناس فإن أخذ العوض عنه أغلاه فخرج عن الموضع الذي وضعه الله من تعميم ذوي الحوائج من غير كلفة وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه مخالفا

(فصل) وأما المعادن الباطنة وهي التي لا يوصل إليها إلا بالعمل والمؤنة كمادن الذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص والبلور والنفوس فإذا كانت ظاهرة لم تملك أيضا بالاحياء لما ذكرنا في التي قبلها، وإن لم تكن ظاهرة فحفرها انسان وأظهرها لم تملك بذلك في ظاهر المذهب وظاهر مذهب الشافعي، ويحتمل أن يملكها بذلك وهو قول لشافعي لأنه لو ابت لا ينتفع به إلا بالعمل والمؤنة فملك بالاحياء كالارض ولأنه باظهاره تنبأ للانتفاع به من غير حاجة الى تكرار ذلك العمل فأشبهه الارض اذا جاءها بما، أو حاطها، ووجه الاول ان الاحياء الذي يملك به هو العمارة التي تنبأ بها الحيوي للانتفاع من غير تكرار عمل وهذا حفر وتخريب يحتاج الى تكرار عند كل انتفاع فان قبل فلو احفر بئرأ ملكها وملك حريمها قلنا البئر تنبأت للانتفاع بها من غير تجديد حفر ولا عمارة وهذه المعادن تحتاج عند كل انتفاع الى عمل وعمارة فانترقا . قال أصحابنا وليس الامام أقطاعها

بجميع أجزائها وطبقاتها وهذا منها ويفارق الكنز فإنه مودع فيها وليس من أجزائها ويفارق ما اذا كان ظاهراً قبل أحيائها لأنه قطع على المسلمين نفعا كان واصلا اليهم ومنعهم انتفاعا كان لهم وهما لم يقطع عنهم شيئا لأنه انما ظهر باظهاره، ولو تحجر الارض أو أقطعها فظهر فيها المعدن قبل أحيائها كان له أحياءها ويملكها بما فيها لأنه صار أحق بتحجره وأقطاعه فلم يمنع من انما حقه

(مسألة) (وإن ظهر فيه عين ماء أو معدن جار أو كلاً أو شجر فهو أحق به لأنه في ملكه) ويملكه في إحدى الروايتين لأنه خارج من أرضه أشبه المعادن الجامدة والزرع (والثانية) لا يملكه وهي أصح لقول النبي ﷺ « الناس شركاء في ثلاث : في الماء والكلأ والنار » رواه الحلال ولأنها ليست من أجزاء الارض فلم يملكها بملك الارض كالكنز

(مسألة) (ويلزمه بذل ما فضل من مائه لبياتم غيره)

لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال « من منم فضل الماء ليمنع به فضل الكلأ منه الله فضل رحمته » وهل يلزمه بذله لزرع غيره؟ على روايتين (أحدهما) لا يلزمه لأن الزرع لحرمة له في نفسه (والثانية) يلزمه لما روى إياس بن عبد أن النبي ﷺ نهى عن بيع فضل الماء وعن بهنسة عن أبيها أنه قال يانبي الله مالشيء الذي لا يحمل منه؟ قال « الماء » رواه أبو داود

(فصل) ولو شرع انسان في حفر معدن ولم يصل إلى النيل صار أحق به كالتحجر الشارع في

لأنها لا تملك بالاحياء والصحيح جواز ذلك لأن النبي ﷺ أقطع لبلال بن الحارث معادن القبلية جلسيها وغوريها رواه أبو داود وغيره

(فصل) ومن أحياء أرضها فملكها بذلك فظاهر فيها معدن ملكه ظاهراً كان أو باطناً إذا كان من المعادن الجامدة لأنه ملك الأرض بجميع أجزائها وطبقاتها وهذا منها ويفارق الكنز فإنه مودع فيها وليس من أجزائها ويفارق ما إذا كان ظاهراً قبل أحيائها لأنه قطع عن المسلمين فمما كان واصلاً إليهم ومنعهم اقتساماً كان لهم وهذا لم يقطع عنهم شيئاً لأنه إنما ظهر بإظهاره له ، ولو نجح الأرض أو أقطعها فظاهر فيها المعدن قبل أحيائها لكان له أحيائها وملكها بما فيها لأنه صار أحق به بتجبره واقطاعه فلم يمنع من تمام حقه

وأما المعادن الجارية كالقار والنظ والماء فهل يملكها من ظهرت في ملكه ؟ فيدروا إيتان (أظهرهما) لا يملكها لقول النبي ﷺ « الناس شركاء في ثلاث : في الماء ، والكلا ، والنهار » رواه الحلال ، ولأنها ليست من أجزاء الأرض فلم يملكها بملك الأرض كالكنز (والثانية) يملكها لأنها خارجة من أرضه المملوكة له فأشبهت الزرع والمعادن الجامدة

(فصل) ولو شرع إنسان في حفر معدن ولم يصل إلى النيل صار أحق به كالتحجر الشارع في الاحياء ، فإذا وصل إلى النيل صار أحق بالاخذ منه مادام مقبلاً على الاخذ منه وهل يملكه بذلك ؟ فيه

الاحياء ، فإذا وصل إلى النيل صار أحق بالاخذ منه مادام مقبلاً على الاخذ منه وهل يملكه بذلك ؟ فيه ما قد ذكرنا من قبل فإن حفر آخر من ناحية أخرى لم يكن له منعه وإذا وصل إلى ذلك العرق لم يكن له منعه سواء قلنا إن المعدن يملك بحفره أو لم نقل لأنه إن ملكه فإنما يملك المكان الذي حفره . وأما العرق الذي في الأرض فلا يملكه بذلك ومن وصل إليه من جهة أخرى فله أخذه ، ولو ظهر في ملكه معدن بحيث يخرج النيل عن أرضه فحفر إنسان من خارج أرضه كان له أن يأخذ ما خرج عن أرضه منه لأنه لم يملكه إنما ملك ما هو من أجزاء أرضه وليس لاحد أن يأخذ ما كان داخل في أرضه من أجزاء الأرض الباطنة كما لا يملك أخذاً جزائها الظاهرة ، ولو حفر كافر في دار الحرب معدناً فوصل إلى النيل ثم فتحها المسلمون عنوة لم يصر غنيمه وكان وجود عمله وعدمه واحداً لأن عامره لم يملك بذلك ولو ملكه فإن الأرض نصير كلها وقفا للمسلمين وهذا ينصرف إلى مصلحة من مصالحهم فتعين لها كما لو ظهر بفعل الله تعالى

(فصل) ومن ملك معدناً فعمل فيه غيره بغير إذنه فما حصله منه فهو للمالك ولا أجر للفاصل على عمله لأنه عمل في ملك غيره بغير إذنه فهو كما لو حصد زرع غيره ، وإن قال مالكه اعمل فيه ولك ما يخرج منه فله ذلك وليس لصاحب المعدن فيه شيء ، لأنه إباحة من مالكه فملك ما أخذه كما لو أباحه الاخذ من بستانه ، وإن قال اعمل فيه على أن مارزق الله من نيل كان يبتغى نصفين فعمل ففيه وجهان

ما قد ذكرنا من قبل ، وإن حفر آخر من ناحية أخرى لم يكن له منعه ، وإذا وصل إلى ذلك العرق لم يكن له منعه سواء قلنا إن المعدن بملك بحفره أو لم نقل لأنه إن ملكه فلما بملك المكان الذي حفره وأما العرق الذي في الأرض فلا يملكه بذلك ، ومن وصل إليه من جهة أخرى فله أخذه ولو ظهر في ملكه معدن بحيث يخرج النيل عن أرضه فحفر انسان من خارج أرضه كان له أن يأخذ ما خرج عن أرضه منه لأنه لم يملكه إنما ملك ما هو من اجزا أرضه وليس لاحد أن يأخذ ما كان داخل في أرضه من اجزا الأرض الباطنة كالأرض التي أخذ اجزائها الظاهرة ، ولو حفر كافر في دار الحرب معدن فوصل إلى النيل ثم فتحها المسلمون عنوة لم ينصر غنيمة وكان وجود عمله وعدمه واحداً لأن عاصره لم يملكه بذلك ولو ملكه فإن الأرض كلها تصبغ وفقاً للمسلمين وهذا ينصرف الى مصلحة من مصالحهم فتبين لنا كما لو ظهر بفعل الله تعالى (فصل) ولو كل في الموات موضع يمكن أن يحدث فيه معدن ظاهر كوضع على شاطئ البحر اذا صار فيه ماء البحر صار ملكاً بالاحياء وجاز للإمام إقطاعه لأنه لا يضييق على المسلمين باحدائه بل يحدث نفعه بفعله فلم يمنع منه كبقية الموات واحياء هذا بتهيئته لما يصلح له من حفر ترابه وتبديده وفتح قنواته تصب الماء فيه لأنه يتهيأ بهذا الانتفاع به

(فصل) ومن ملك معدن فعل فيه غيره بغير اذنه فما حصل منه فهو لملكه ولا أجر لخاصه على عمله لأنه عمل في ملك غيره بغير اذنه أشبه ما لو حصد زرع غيره ، وإن قال مالك اعلم في ذلك

(أحدهما) يجوز وما يأخذه يكون بينهما كما لو قل احصد هذا الزرع بنصفه أو ثلثه ولأنها عين تنمي بالعمل عليها فصح العمل فيها ببعضه كالمضاربة في الايمان (والثاني) لا يصح لأن ما يحصل منه مجهول ولأنه لا يصح أن يكون اجارة لأن العرض مجهول والعمل مجهول ولا جعالة لأن العرض مجهول ولا مضاربة لأن المضاربة إنما تصح بالاثان على أن يرد رأس المال ويكون له حصة من الربح وليس ذلك وهنا وفارق حصاد الزرع بنصفه أو جزء منه لأن الزرع معلوم بالمشاهدة وما علم جميعه علم جزؤه بخلاف هذا ، وإن قال اعلم فيه كذا ولك ما يحصل منه بشرط أن يعطيني ألفاً أو شيئاً معلوماً لم يصح لأنه بيع للمجهول ولا يصح أن يكون معلوماً كالمضاربة لما ذكرنا ولأن المضاربة تكون بجزء من الثمن لا بدراهم معلومة ، قال أحمد اذا أخذ معدن من قوم على أن يعمره ويعمل فيه ويعطيه ألفي من أو ألف من صفر فذلك مكروه ولم يرخص فيه

(فصل) اذا استأجر رجلاً ليحفر له عشرة أذرع في دور كذا بدينار صح لأنها اجارة معلومة وإن ظهر عرق ذهب فقال استأجرتك لتخرجه بدينار لم يصح لأن العمل مجهول ، وإن قال ان استخرجته فلك دينار صح وتكون جعالة لأن الجعالة تصح على عمل مجهول اذا كان العرض معلوماً (فصل) وما نصب عنه الماء من الجزائر لم يملك بالاحياء . قال أحمد في رواية العباس بن موسى اذا نصب الماء عن جزيرة الى فناء رجل لم ين فيه لأن فيه ضرراً وهو أن الماء يرجع يعني أنه

ما يخرج منه فله ذلك ولا شيء لصاحب المعدن فيه لانه إباحة من مالكه فملك ما أخذه كما لو أباحه
الاخذ من داره أو بستانه ، وإن قال اعمل فيه على أن مارزق الله من نيل كان يبتنا نصفين فعمل فيه
وجهان (أحدهما) يجوز وما يأخذه يكون بينهما كما لو قال احصد هذا الزرع بنصفه أو ثلثه ولانها
عين تنمي بالعمل عليها فصح العمل فيها ببعضه كالمضاربة في الايمان (والثاني) لا يصح لان ما يحصل
منه مجهول ، ولانه لا يصح أن يكون اجارة لان العرض مجهول والعمل مجهول ولا جمالة لان العرض
مجهول ولا مضاربة لان المضاربة انما تصح بالايمان على أن يرد رأس المال وتكون له حصة من الربح
وليس ذلك ههنا وفارق حصاد الزرع بنصفه أو جزء منه لان الزرع معلوم بالمشاهدة وما علم جميعه
علم حزؤه بخلاف هذا ، وإن قال اعمل فيه كذا وإليك ما يحصل منه بشرط أن تعطيني ألفاً أو شبتاً
معلوماً لم يصح لانه بيع للمجهول ولا يصح أن يكون معاملة كالمضاربة لما ذكرنا ولان المضاربة تكون
بجزء من الثمن ، لأدراهم معلومة ، قال أحمد اذا أخذ معدناً من قوم على أن يعمره ويعمل فيه ويعطيه
ألفي منا وألف مناصراً فذلك مكروه ولم يرخص فيه والله الموفق

(فصل) اذا استأجر رجلاً ليحفر له عشرة أذرع في دور كذا بدينار صح لانها اجارة معلومة
وإن ظهر عرق ذهب فقال استأجرتك لتخرجني بدينار لم يصح لان العمل مجهول ، وإن قال إن استخرجته

يرجع الى ذلك المكان فاذا وجده مبيعاً رجع الى الجانب الآخر فاضر بأهله ولان الجزائر منبت
الكلا والخطب فخرى مجرى المعادن الظاهرة وقد قال النبي ﷺ « لا حمي الا في الاراك » قال أحمد
في رواية حرب يروى عن عمر أنه أباح الجزائر يعني أباح ما ينبت في الجزائر من النبات وقال اذا
نضب القرات عن شيء ثم نبت فيه نبات فجاء رجل يمنع الناس منه فليس له ذلك فأما ان غلب الماء
على ملك انسان ثم عاد فنضب عنه فله أخذه ولا يزول ملكه بغلبة الماء عليه فان كان ما نضب عنه
الماء لا ينفع به أحد فعمره رجل عمارة لا ترد الماء مثل ان يجعله مزرعة فهو أحق به من غيره لانه
متحجر لما ليس لمسلم فيه حق فأشبه التحجر في الموات

(فصل) قال رحمه الله (وإحياء الارض أن يحوزها حائط أو يحجري لها)

ظاهر كلامه ههنا أن تحويط الارض لإحياء لها سواء أرادها للبناء أو للزراعة أو حظيرة للغنم أو
الحشب وهو ظاهر كلام الحنفي نص عليه أحمد في رواية علي بن سعيد فقال الإحياء أن يحوط عليها
حائطاً أو يحفر فيها بئراً أو نهراً ولا يعتبر في ذلك تسقيف وذلك لما روي الحسن عن سمرة أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم قال « من أحاط حائطاً على أرض فهي له » رواه أبو داود والامام أحمد في مسنده
وروي عن جابر عن النبي ﷺ مثله ولان الحائط حاجز منيع فكان إحياء أشبه ما لو جعلها حظيرة
للغنم ويبين هذا أن القصد لا اعتبار به بدليل ما لو أرادها حظيرة للغنم كما لو جعلها حظيرة للغنم
فبناها بجنب وآجر وقسمها بيوتاً فإنه يملكها وهذا لا يصح للغنم مثله ولا بد أن يكون الحائط منيعاً يمنع

فلك دينار صحيح ويكون جمالة لان الجمالة تصح على عمل مجهول اذا كان العرض معلوما
(فصل) ومن سبق في الموات إلى معدن ظاهر أو باطن فهو أحق بما ينال منه لقول النبي ﷺ
« من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له » فإن أخذ قدر حاجته وأراد الإقامة فيه بحيث يمنع غيره
منع منه لانه يضيق على الناس ما لا نفع فيه فأشبهه بالورق في مشرعة الماء لثبوت حاجته ، وإن أطال
المقام والاخذ احتدل أن يمنع لانه يصير كالمالك له واحتدل أن لا يمنع لاطلاق الحديث ، وإن اتفق
إليه اثنان وضاق المكان عنهما أفرع بينهما لانه لازمة لاحدهما على صاحبه ، ويحتدل أن يقسم بينهما
لانه يمكن قسمته وقد تساوىانه فيقسم بينهما كما لو تداعيا عينا في أيديهما ولا يئنة لاحدهما بها ويحتدل
أن يقدم الامام من يرى منها لان له نظراً ، وذكر القاضي وجها رابعا وهو أن الامام ينسب من
يأخذ لها ويقسم بينهما وهذا التفصيل مذهب الشافعي

(فصل) وما نصب عنه الماء من الجزائر لم يملك بالاحياء . قال احمد في رواية العباس بن موسى
إذا نصب الماء عن جزيرة إلى فناء رجل لم يبين فيها لان فيه ضرر أو هوان الماء يرجع بغني أن يرجع إلى
ذلك المكان فإذا وجد مبنيا رجع إلى الجنازب الآخر فأضر بأهله ولان الجزائر منبت الكلا والحطب
فجرت بحرى المعادن الظاهرة ، وقد قال النبي ﷺ ولا هي في الاراك ، وقال احمد في رواية حرب
بروي عن عمر أنه أباح الجزائر يعني أباح ما ينبت في الجزائر من النبات ، وقال اذا نصب الغرات

ما وراءه ويكون مما جرت العادة بمثله ويختلف باختلاف البلدان فان كان بمن جرت عاداتهم بالبناء بالحجر وحده
كأهل حوران أو بالطين كأهل النوبة بدمشق أو بالحشب أو القصب كأهل الغور كان ذلك احياء وان
بناء بأقوى مما جرت به عاداتهم كان أولى ، وقال القاضي في صفة الاحياء روايتان (احدهما)
ما ذكرنا (والثانية) الاحياء ما تعارفه الناس احياء لان الشرع ورد بتعلق الملك عليه ولم يبين ولا ذكر
كيفية فيجب الرجوع فيه الى ما كان احياء في العرف كما أنه لما ورد باعتبار القبض والحرز ولم يبين
كيفية كان المرجع فيه الى العرف ولان الشارع لو علق الحكم على مسمى باسم لتعلق بهما عند
أهل اللسان لذلك يتعلق الحكم بالمسمى احياء عند أهل العرف ولان النبي صلى الله عليه وسلم لا يعلق
الحكم على ما ليس الى معرفته طريق فلما لم يبينه تعين العرف طريقاً لمعرفة اذ ليس له طريق سواء
اذا ثبت هذا فان الارض تحيا دارا للسكنى وحظيرة ومزرعة ، فاحياء كل واحدة من ذلك بما تنبأ به
للاستفاد الذي أرادت له ، فأما الدار فبان يبنى حيطانها بما جرت به العادة ويسقفها لأنها لا تصلح
للسكنى الا بذلك ، والحظيرة احياءها بحائط جرت به العادة لمشاها ، وليس من شرطها انتسيف لان
المادة لم تجز به وسواء أرادها حظيرة للماشية أو للخشب أو للحطب أو نحو ذلك فان جعل عليها خندقا
لم يكن احياء لانه ليس بحائط ولا عمارة انما هو حفرة تخريب وكذلك ان حاطها بشوك وشبهه لا يكون

عن شيء ثم نبت فيه نبات فجاء رجل يبيع الناس منه فليس له ذلك فاما ان غلب الماء على ملك انسان ثم عاد فنضب عنه فله أخذه فلا يزول ملكه بغلبة الماء عليه ، وان كان مانضب عنه الماء لا ينتفع به أحد فمهره رجل عماره لا ترد الماء مثل أن يجعله مزرعة فهو أحق به من غيره لانه متحجر لما ليس لمسلم فيه حق فأشبه التحجر في المرات

(فصل) وما كان من الشوارع والطرق والرحاب بين العمران فليس لأحد احياءه سواء كان واسعاً أو ضيقاً ، وواء ضيق على الناس أو لم يضيق لأن ذلك يشترك فيه المسلمون وتعلق به مصالحهم فأشبهه مساجدهم ، ويجوز الاتفاق بالعمود في اواسع من ذلك قبيح والشراء على وجه لا يضيق على أحد ولا يضر بالمارة لاتفاق أهل الامصار في جميع الاعصار على اقرار الناس على ذلك من غير انكار ولانه ارتفاق مباح من غير إضرار فلم يمنع منه كالاتياز قال احمد في السابق الى دكا كمن السرق غدوة فهو له الى الليل وكان هذا في سوق المدينة فيما مضى ، وقد قال النبي ﷺ « منى مناخ من سبق » وله أن يظل على نفسه بما لا ضرر فيه من بارية وتابوت وكساء ونحوه لان الحاجة تدعو اليه من غير مضرة فيه وليس له البناء لادكة ولا غيرها لانه يضيق على الناس ويعثر به المارة بالليل والضرب في الليل والنهار ، ويبقى على الدوام فربما ادعى ملكه بسبب ذلك والسابق أحق به مادام

احياء ويكون تحجراً لان المسافر قد يزل منزلاً ويحوط على رحله ينحو من ذلك ولو نزل منزلاً فنصب فيه بيت شعر أو خيمة لم يكن احياء . وان أرادها للزراعة فبأن يهيئها لامكان الزرع فيها فان كانت لا تزرع الا بالماء فبأن يسوق اليها ماء من نهر أو بئر وان كان المانع من زرعها كثرة الاحجار كأرض الحجاز فاحياؤها بقلع أحجارها وتفتيتها حتى تصاح للزرع وان كانت غياضاً أو أشجاراً كارض الشعري فبأن يقلع أشجارها ويزيل عروقها المانعة من الزرع ، وان كانت مما لا يمكن زرعها الا بحبس الماء عنه كارض البطائح فاحياؤها بسد الماء عنها وجعلها بحال يمكن زرعها لان بذلك يمكن الاتفاف بها فيما أرادها له من غير حاجة الى تكرار ذلك في كل عام فكان احياء كسوق الماء الى أرض لا ماء لها ولا يعتبر في احياء الارض حرثها ولا زرعها لان ذلك مما يتكرر كلما أراد الاتفاف بها فلم يعتبر في احياء كسقيها وكالسكنى في البيوت ولا يحصل احياء بذلك اذا نعله بمجرد ما ذكرنا ، ولا يعتبر في احياء الارض لتسكنى نصب الابواب على البيوت وبه قال الشافعي فيما ذكرنا في الرواية الثانية الا أن له وجهاً في أن حرثها وزرعها احياء لها وأن ذلك معتبر في احيائها لا يتم بدونها وكذلك نصب الابواب على البيوت لانه مما جرت العادة به أشبه السقف ولا يصح هذا لما ذكرنا ولان السكنى ممكنة بدون نصب الابواب فأشبه تطين سطوحها وتبييضها

(مسألة) (وان حفر بئراً عادية ملك حرمة خمس ذراوا وان لم تكن عادية فخرمها خمسة وعشرون البئر العادية بتشديد الياء القديمة منسوبة الى ماد ولم يرد عاداً بمعناها لكن لما كانت ماد

فيه فإن قام وترك متاعه فيه لم يجر لغيره أزالته لأن يد الأول عليه، وإن نقل متاعه كان لغيره أن يقعد فيه لأن يده قد زالت، وإن قعد وأطل منع من ذلك لأنه يصبر كالملك ويخضع بنفع يساويه غيره في استحقاقه، ويحتمل أن لا يزال لأنه سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم، وإن اعتبق اثنان إليه احتمل أن يقرع بينهما واحتمل أن يقدم الامام من برى عنهما، وإن كان الجالس يضيق على المارة لم يحل له الجلوس فيه ولا يحل للامام تمكينه بعرض ولا غيره. قال أحمد ما كان ينبغي لنا أن نشترى من هؤلاء الذين يبيعون على الطريق. قال القاضي هذا محمول على أن الطريق ضيق أو يكون يؤذي المارة لما تقدم ذكرناه وقال لا يعجبني الطحن في العروب إذا كانت في طريق الناس وهي السفن التي يطحن فيها في الماء الجاري إنما كره ذلك لضيقها طريق المارة في الماء. قال أحمد ربما فرقت السفن فأرى للرجل أن يتوقى الشراء مما يطحن بها

(فصل) في القطائع وهي ضربان (أحدهما) أقطاع أرفاق وذلك أقطاع مقاعد السوق والطرق الواسعة ورحاب المساجد التي ذكرنا أن للسابق إليها الجلوس فللامام أقطاعها لمن يجلس فيها لأن له في ذلك اجتهاداً من حيث إنه لا يجوز الجلوس إلا فيما لا يضر بالمارة فكان للامام أن يجلس فيها من لا يرى أنه يتضرر بجلوسه، ولا يمسكها المقطع بذلك بل يكون أحق بالجلوس فيها من غيره بمنزلة السابق إليها من غير أقطاع سواء إلا في شيء واحد وهو أن السابق إذا نقل متاعه عنها فغيره الجلوس فيها لأن استحقاقه لها بسبقه إليها ومقامه فيها فإذا انتقل عنها زال استحقاقه لزوال المعنى الذي استحق

في الزمن الأول وكانت لها آثار في الأرض نسب إليها كل قديم، فكل من سبق إلى بشر عادية كان أحق بها لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له» وله حريم أخمسون ذراعاً من كل جانب، وإن حفر بئراً في موات للتمليك فله حريمها خمسة وعشرون ذراعاً من كل جانب نص أحمد على هذا في رواية حرب وعبد الله واختارهما أكثر أصحابنا، وقال القاضي وأبو الخطاب ليس هذا على طريق التحديد بل حريمها في الحقيقة ما يحتاج إليه في ترقية مائها منها فإن كان بدولاب فقد مد الثور أو غيره وإن كان بساقية فبقدر طول البئر لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «حريم البئر مد رشائها» أخرجه ابن ماجه ولأنه المكان الذي تنهي إليه البهيمة، وإن كان يستقي منها يده فبقدر ما يحتاج إليه الواقف عندها، وإن كان المستخرج حيناً فحريمها القدر الذي يحتاج إليه صاحبها للاتقاء ولا يستضر باخذه منه ولو كان الف ذراع، وحريم انهر من جانبيه ما يحتاج إليه لطرح كرايته بحكم العرف وذلك أن هذا إنما ثبت للحاجة فينبغي أن تراعى فيه الحاجة دون غيرها، وقال أبو حنيفة حريم البئر أربعون ذراعاً وحريم العين خمسمائة ذراعاً لأن أبا هريرة روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «حريم البئر أربعون ذراعاً لا عطلان الأبل والغنم» وعن الشعبي مثله رواه أبو عبيد.

ولنا ما روي أن الدارقطني والحلال بإسنادهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «حريم البئر البدي خمس وعشرون ذراعاً وحريم البئر العادي خمسون ذراعاً» وهذا نص وروى أبو حنيفة بإسناد

به وهذا استحق باقطاع الامام فلا يزول حقه بنقل متاعه ولا يضره الجلوس فيه ، وحكمه في التظليل على نفسه بما ليس بناء ومنعه من البناء ومنعه اذا طال مقامه حكم السابق على ما أسلفناه (الثاني) اقطاع موات من الارض لمن يحميها فيجزر ذلك لما روى وائل بن حجر أن رسول الله ﷺ أعطاه أرضاً فأرسل معاوية أن أعطه إياه أو أعلمه إياه حديث صحيح ، وأقطع بلال بن الحارث المزني وأبيض ابن حمال المازني ، وأقطع الزبير حضر فرسة فأجرى فرسه حتى قام ورمى بسوطه فقال « أعطوه من حيث وقع السوط » رواه سعيد وابو داود ، وذكر البخاري عن أنس قال : دعا رسول الله ﷺ الأنصار ليقطع لهم بالبحرين فقالوا يا رسول الله ان فعلت فاكذب لاخواننا من قريش بمناها ، وروى أن أبا بكر أقطع طلحة بن عبيد الله أرضاً ، وأب عثمان أقطع خمسة من أصحاب النبي ﷺ الزبير وسعداً وابن مسعود وأسامة بن زيد وخباب بن الارت وروى عن أنس أبي عبد الله أنه قال لعمر ان قبلنا أرضاً بالبصرة ليست من أرض الحراج ولا نضر بأحد من المسلمين فان رأيت أن تقطعها فنحن فيها قضيلاً لحبني فأنفل قال فكتب عمر الى أبي موسى ان كانت كما يقول فأقطعها إياه روى هذه الآثار كلها أبو عبيد في الاموال ، وروى سعيد عن سفيان عن أبي نعيم عن عمرو بن شعيب أن النبي ﷺ أقطع ناعماً من جهينة أو مزينة أرضاً. اذا ثبت هذا فان من أعطاه الامام شيئاً

عن يحيى بن سعيد الانصاري أنه قال السنة في حريم الغليب العادي خمسون ذراعاً والبدي خمس وعشرون ذراعاً وبإسناده عن سعيد بن المسيب قال حريم البئر البدي خمس وعشرون ذراعاً من نواحيها كلها وحريم بئر الزرع ثلثمائة ذراع من نواحيها كلها وحريم البئر العادي خمسون ذراعاً من نواحيها كلها ، ولانه معنى يملك الموات فلا يقف على قدر الحاجة كالحائط ولان الحاجة الى البئر لا تنحصر في ترقية الماء فانه يحتاج الى ما حوله عطشاً لا بله وموقفاً للدوابه وغنمه وموضعاً يجعل فيه أحواضاً يسقي منها ماشيته وموقفاً لدابته التي يسقي عليها واشباه ذلك فلم يختص الحريم بما يحتاج اليه في ترقية الماء فأما حديث أبي حنيفة فحديثنا أصح منه ورواهما أبو هريرة فيدل على ضعفه

(مسألة) (وقيل حريمها قدر مد رشائها من كل جانب) لما ذكرنا من الحديث إذا ثبت ذلك فان ظاهر كلامه في هذا الكتاب وظاهر كلام الحرفي أنه يملك حريم البئر ونقل عن الشافعي وقال القاضي بل يكون أحق به

(مسألة) (وقيل احياء الارض ما عد احياء وهو عمارتها بما تنهيا به لما يراد منها) وقد ذكرنا ذلك وقيل ما يتكرر كل عام كالسقي والحرق فليس باحياء ومالا يتكرر فهو احياء لان العرف ان حرق الارض مرة ليس باحياء وان عمل الحائط عليها ونحوه احياء وللشافعي وجه في أن الزرع والحرق احياء وقد ذكرناه ، فان كانت كثيرة الدغل والحشيش كالروج التي لا يمكن زرعها إلا بتكرار حرثها وتقوية دغلها وحشيشها المانع من زرعها كان احياء على قياس ما ذكرنا أولاً

من الموات لم يملكه بذلك لكن يصير أحق به كالتحجير للشارع في الأحياء بدليل ما ذكرنا من حديث بلال بن الحارث حيث استرجع عمر منه ما عجز عن إحيائه من العتيق الذي أقطعه إياه رسول الله ﷺ ولو ملكه لم يجز استرجاعه ورد عمر أيضاً قطعة أبي بكر لعينة بن حصن فسأل عينة أبا بكر أن يحدد له كتاباً فقال والله لا أجدد شيئاً رده عمر رواه أبو عبيد ، لكن المقطع يصير أحق به من سائر الناس وأولى بأحيائه فإن أحياءه والا قال له السلطان إن أحييته والا فارغ يدك عنه كما قال عمر لبلال بن الحارث المزني إن رسول الله ﷺ لم يقطعك لتعجبه دون الناس وإنما أقطعك لتعمر فخذ منها ما قدرت على عمارة ورد الباقي ، وإن طالب الملة لعذر أمهل بقدر ذلك ، وإن طلبها لغير عذر لم يهل على ما ذكرنا في التحجير ، وإن سبق غيره فأحياء قبل أن يقال له شيء أو في مدة الملة فهل يملكه ؟ على وجهين

وقد روي عن عمرو بن شعيب أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع ناساً من جبهة أو مزة أرضاً فعطلوها فجاء قوم فأحيوها فخاصمهم الذين أقطعهم رسول الله ﷺ إلى عمر رضي الله عنه فقال عمر لو كانت قطعة مني أو من أبي بكر لم أردوها واكتنفا قطعة من رسول الله ﷺ فأنا أردوها فدل هذا على أنها إذا كانت قطعة من غير رسول الله ﷺ فهي لمن أحيائها (والثاني) لا يملكه لانه تعلق به حق المقطع ومنه يوم قوله عليه السلام « من أحيأ أرضاً ميتة في غير حق مسلم فهي له » انه اذا تعلق بها حق مسلم لم يجز إحيائها ، وقد ذكرنا الوجهين في التحجير وهذا مثله ومذهب الشافعي في هذا الفصل كنهو ما ذكرنا

(فصل) ولا بد أن يكون البشر فيها ماء فان لم تصل الى الماء فهو كالتحجير للشارع في الأحياء على ما تذكره ، وقوله ومن حنر بشراً عادية يحمل على البشر التي انطمت وذهب ماؤها فجُدحفرها وعمارها أو انقطع ماؤها فاستخرجها ليكون ذلك أحياء لها فاما البشر التي لها ماء ينتفع به المسلمون فليس لاحد احتجاره ومنعه لانه بمنزلة المعادن الظاهرة التي يرتفع بها الناس وهكذا العيون التابعة ليس لاحد ان يختص بها ولو حفر رجل بشراً للمسلمين ينتفعون بها أو ينتفع بها مدة إقامته عندها ثم يتركها لم يملكها وكان له الانتفاع بها فاذا تركها كانت للمسلمين كلهم كالمعادن الظاهرة وهو أحق بها ما دام مقبلاً عندها لانه سابق اليها فهو كالتحجير للشارع في الأحياء

(فصل) واذا كان لانسان شجرة في موات فله حريمها قدر ما أعد اليه اغصانها حوايلها وفي النخلة مد جريدها لما روى ابو سعيد قال اختصم الى النبي صلى الله عليه وسلم في حريم نخلة فأمر بجريده من جرائدها فذرعت فكانت شبعة أذرع أو خمسة أذرع فقضى بذلك رواه ابو داود ، وإن غرس شجرة في موات فهي له وحريمها وإن سبق إلى شجر مباح كالزيتون والحروب فسقاه وأصلحه فهو له كما التحجير للشارع في الأحياء فان طعمه مملكه بذلك وحريمه لانه ينها للانتفاع به لما يراد منه فهو

(فصل) وليس للامام إقطاع مالا يجوز احياءه من المعادن الظاهرة لان النبي ﷺ لما استقطعه أبيض بن حمال المالح الذي بمأرب قيل يا رسول الله انما اقطعت الماء العذ فارجمه منه ولان في ذلك تضيقا على المسلمين، وفي اقطاع المعادن الباطنة وجهان ذكرناهما فيما مضى

(فصل) ولا ينبغي ان يقطع الامام أحداً من الموات الا ما يمكنه احياءه لان في اقطاعه اكثر من ذلك تضيقا على الناس في حق مشترك بينهم بما لا فائدة فيه فان فعل ثم تبين عجزه عن احيائه استرجعه منه كما استرجع عمر من بلال بن الحارث ما عجز عنه من عمارته من العقيق الذي قطعه إياه رسول الله ﷺ

(فصل) في الحى ومعناه ان يحمي ارضا من الموات بمن الناس رعي ما فيها من الكلأ يختص بها دونهم وكانت العرب في الجاهلية تعرف ذلك فكان منهم من اذا اتجمع بلداً أوفى بكاب على نشز ثم استعواه ووقف له من كل ناحية من يسمع صوته بالعوا فحينما انتهى صوته حماء من كل ناحية لنفسه ويرعى مع العامة فيما سواه فنهى رسول الله ﷺ عنه لما فيه من التضيق على الناس ومنهم من الارتفاع بشيء لم فيه حق

وروى الصيب بن جثامة قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « لاحمى الا لله ولرسوله » رواه أبو داود وقال « الناس شركاء في ثلاث : في الماء والنار والكلأ » رواه الحلال . وليس لاحد من الناس سوى الائمة أن يحمى لما ذكرنا من الخبر والمعنى فأما النبي ﷺ فقد كان له أن يحمى لنفسه وللمسلمين

كسوق المال الى الارض الوات ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهو أحق به »

(فصل) ومن كانت له بشر فيها ماء فحفر آخر قريباً منها بئراً ينسرق اليها ماء البشر الاولى فليس له ذلك سواء كان محتزراً الثانية في ملكه مثل رجلين متجاورين في دارين حفر أحدهما في داره بئراً ثم الآخر بئراً اعرق منها فسرى اليها ماء الاولى أو كانتا في موات فسبق احدهما فحفر بئراً ثم جاء آخر فحفر قريباً منها بئراً يجتذب ماء الاولى ، ووافق الشافعي في هذه الصورة الثانية لانه ليس له ان يتديء ملكه على وجه يضر بالمالك قبله ، وقال في الاولى له ذلك لانه تصرف مباح في ملكه فجاز له فعله كتنعيب داره وهكذا الخلاف في كل ما يحدثه الجار بما يضر بجاره مثل ان يجعل داره مدبغة أو حماما يضر بمقار جاره بحمي ناره ورماده ودخانها أو يحفر في اصل حائطه حشاً يتأذى جاره برائحته وغيرها أو يجعل داره مخبزاً في وسط المطارين ونحوه مما يؤذي جاره وقاله الشافعي له ذلك كله وروي ذلك عن احمد وهو قول بعض الحنفية لانه تصرف مباح في ملكه اشبه ببناءه ونقضه

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا اضرار » ولانه احداث ضرر بجاره فلم يجوز كالدق الذي يهز الحيطان ويخربها وكاللقاء السباد والتراب في اصل حائطه على وجه يضر به ولو كان

انوله في الخبر « لاحى الله ورسوله » لكنه لم يحم لنفسه شيئا وانما حى المسلمين فقد روى ابن عمر قال : حى النبي ﷺ النقيع لحبل المسلمين . رواه أبو عبيد والنقيع بالنون موضع ينتقم فيه الماء فيكثر فيه الخصب لمكان ما يصير فيه من الماء ، وأما سائر أئمة المسلمين فليس لهم أن يحمروا لانفسهم شيئا ولكن لهم أن يحمروا مواضع لم يعى فيها خيل المجاهدين ونعم الجزية وأبل الصدقة وضوال الناس التي يقوم الامام بحفظها وماشية الضعيف من الناس على وجه لا يستغربه من سواه من الناس ، وهذا قال ابو حنيفة ومالك والشافعي في صحيح قوليه ، وقال في الآخر ليس لقبير النبي ﷺ أن يحمى بقوله « لاحى الله ورسوله »

ولنا أن عمر وعثمان حميا واشتهر ذلك في الصحابة فلم ينكر عليهما فيكون إجماعا ، وروى أبو عبيد باسناده عن عامر بن عبدالله بن الزبير أحسبه عن أبيه قال أتى أعرابي عمر فقال يا أمير المؤمنين بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية وأسلمنا عليها في الاسلام علام نحميها ؟ فأطرق عمر وجعل ينفخ ويبتل شاربته — وكان إذا كره به أمر قتل شاربته وينفخ — فلما رأى الاعرابي ما به جعل يردد ذلك ، فقال عمر : المال لله والعباد عباد الله ، والله لولا ما أهل عليه في سبيل الله ما حميت شبرا من الارض في شبر وقال مالك بلغني انه كان يحمل في كل عام على أربعين الفا من الظهر . وعن أسلم قال سمعت عمر يقول لحي حين استعمله على حى الربدة يا هني اضمم جناحك عن الناس واق دعوة المظلوم فانها محابة ،

لرجل مصنع فأراد جاره غرس شجرة مما تسري عروقه فتشق حائط مصنع جاره وتلفه لم يملك ذلك وكان لجاره منعه وقلمها ان غرسها ، ولو كان هذا الذي حصل منه الضرر سابقا مثل من له في ملكه مدبغة او مقصرة فاحيا لإنسان الى جانبه مواتا وبناء دارا فتضرر بذلك لم يلزمه ازالة الضرر بشئ خلاف فعله لانه لم يحدث ضررا

(مسئلة) (ومن تحجر مواتا لم يملكه وهو احق به وورثته من بعده ومن يغله اليه وليس له بيعه وقيل له ذلك)

تحجر الموات المشروع في احيائه مثل ان يدير حول الارض ترابا أو احجارا أو حاطها بحجار صغير لم يملكها بذلك لان الملك بالاحياء وليس هذا احياء لكن يصير احق الناس به لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « من سبق الى مال يسيق اليه مسلم فهو احق به » رواه ابو داود ، فان مات فوارثه احق به لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « من ترك حقا أو مالا فهو لورثته » فان نقله الى غيره صار الثاني احق به لان صاحبه اقامه مقامه ، وليس له بيعه فان باعه لم يصح لانه لا يملكه فلم يملك بيعه كحق الشفعة قبل الاخذ به ولكن سبق الى معدن او مباح قبل اخذه وقيل له بيعه لانه احق به (مسئلة) (فان لم يتم احياءه قيل له اما ان تحميه واما ان تتركه) اذا طالت المدة بعد التحجر ولم يحميه فينبغي ان يقول السلطان اما ان تحميه او تتركه ليحميه غيرك لانه ضيق على الناس في حق مشترك

وادخل رب العريضة والغنيمة ودعني من نعم ابن عوف ونعم ابن عفان فانهما إن هلكتا ماشيتهما رجعا إلى نخل وزرع وان هذا المسكين ان هلكتا ماشيته جاء يصرخ يا أمير المؤمنين فالكلاء أهون علي أم غرم الذهب والورق انها أرضهم قاتلوا عليها في الجاهلية وأسلموا عليها في الاسلام وانهم ليرون أنا نطلبهم ولولا النعم التي يحمل عليها في سبيل الله ما حيت على الناس من بلادهم شيئا أبداً ، وهذا اجماع منهم ، ولان ما كان لصالح المسلمين قامت الائمة فيه مقام رسول الله ﷺ وقد روي عن النبي ﷺ انه قال « ما أطعم الله لنبي طعمة إلا جعلها طعمة لن بده » وأما الخبر فمخصوص وأما حماه لنفسه فيفارق حمى النبي ﷺ لنفسه لان صلاحه يعود إلى صلاح المسلمين وماله كان يرد في المسلمين ففارق الائمة في ذلك وساووه فيما كان ملاحا للمسلمين وليس لهم أن يحموا الا قدرأ لا يضيق به على المسلمين ويفر بهم لانه انما جاز لما فيه من المصلحة لما يحمي وليس من المصلحة ادخال الضرر على أكثر الناس

(فصل) وما حماه النبي ﷺ فليس لأحد نقضه ولا تغييره مع بقاء الحاجة اليه ، ومن أحيا منه شيئا لم يملكه ، وان زالت الحاجة اليه ففيه وجهان . وما حماه غيره من الائمة فغيره هو أو غيره من الائمة جاز ، وان أحيا انسان ملكا في أحد الوجهين لان حمى الائمة اجتهد وملك الارض بالاحياء نص والنص يقدم على الاجتهاد (والوجه الآخر) لا يملكه لان اجتهد الامام لا يجوز نقضه

ينهم فلم يمكن من ذلك كما لو وقف في طريق ضيق او مشرعة ماء او معدن لا ينتفع به ولا يدع غيره

(مسألة) (فان طاب الامهال امهل مدة قريبة)

كالشهرين والثلاثة ونحوها لانه يسير فان بادر غيره فأحياه في مدة المهلة او قبل ذلك ملكه بالاحياء في أحد الوجهين لان الاحياء يملك به والتجبر لا يملك به فيثبت الملك بما يملك به دون مالا يملك به كمن سبق الى معدن او مشرعة فجاء غيره فأزاله وأخذ ولعموم الحديث في الاحياء (والثاني) لا يملكه لان مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « من احيا ارضا ميتة في غير حق مسلم فهي له » انها لا تكون له اذا كان مسلم فيها حق وكذلك قوله « من سبق إلى مالم يسبق اليه مسلم فهو أحق به » وروي سعيد في سننه أن عمر قال من كانت له ارض - يعني من تحجز ارضا - فمطلها ثلاث سنين فجاء قوم يعمرونها فهم أحق بها وهذا يدل على أن من عمرها قبل ثلاث سنين لا يملكها ولان الثاني احيا في حق غيره فلم يملكه كما لو احيا ما يتعلق به ، صالح ملك غيره ولان حق المتحجر اسبق فكان أولى كحق الشفيع يقدم على شراء المشتري

(فصل) فان ضربت للمتحجر مدة فانقضت المدة ولم يعمر فغيره أن يعمره ويملكه لان المدة ضربت له لينقطع حقه بمضيها وسواء أذن له السلطان في عمارتها او لم يأذن ، وان لم يكن للمتحجر عذر في ترك المارة قيل له اما ان تعمر واما ان ترفع يدك فان لم يعمرها كان لغيره عمارتها ، فان لم يقل له شيء واستمر تعطيلها فقد ذكرنا حديث عمر في المسئلة قبها ومذهب الشافعي في هذا الفصل والمسئلة قبلها على نحو ما ذكرنا

كما لا يجوز نقض حكمه ، ومذهب الشافعي في هذا على نحو ما قلنا والله أعلم

(فصل في أحكام المياه) قد ذكرنا في البيع حكم ملكها وبيعها ، ونذكر هنا حكم السقي بها فنقول لا يخلو الماء من حالين إما أن يكون جارياً أو واقفاً فإن كان جارياً فهو ضربان (أحدهما) أن يكون في نهر غير مملوك وهو قسمان [أحدهما] أن يكون نهراً عظيماً كالنيل والفرات ودجلة وما أشبهها من الأنهار العظيمة التي لا يستغنى أحد بسقيه منها فهذا لا تراحم فيه وأكل أحد أن يسقي منها ماشاء متى شاء كيف شاء [القسم الثاني] أن يكون نهراً صغيراً يزدحم الناس فيه ويتشاحون في مائه أو سيل يتشاح فيه أهل الأرض الشاربة منه فإنه يبدأ بن في أول النهر فيسقي ويحبس الماء حتى يبلغ إلى السكب ثم يرسل إلى الذي يليه فيصنع كذلك وعلى هذا إلى أن تنتهي الأراضي كلها ، فإن لم يفضل عن الأول شيء أو عن الثاني أو عن يليهم فلا شيء للباقيين لأنه ليس لهم إلا ما فضل فهم كالعصبة في الميراث وهذا قول فقهاء المدينة ومالك والشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً ، والأصل في هذا ما روى عبد الله بن الزبير أن رجلاً من الأنصار خاضع الزبير في شراج الحرة التي يسقون بها إلى النبي ﷺ فقال ﷺ «اسق يا زبير ثم أرسل الماء إلى جارك» فغضب الأنصاري وقال يا رسول الله أن كان ابن عمك ؟ فتولن وجه رسول الله ﷺ ثم قال «يا زبير اسق ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر» قال الزبير فوالله أني لأحسب هذه الآية نزلت فيه (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم) متفق عليه ورواه مالك في موطأه عن الزهري عن عروة عن عبد الله بن الزبير ، وذكر عنه عبد الرزاق عن معمر عن الزهري قال نظرنا في قول النبي ﷺ «ثم احبس الماء حتى يبلغ إلى الجدر» فكان ذلك إلى الكعبين

(فصل) وللامام اقطاع موات لمن يحويه ولا يملك بالاقطاع بل يصير كالشجر الشارع في الأحياء على ما ذكرنا ، ولا ينبغي أن يقطع إلا ما قدر على أحيائه لأن اقطاعه أكثر منه ادخال ضرر على المسلمين بلا فائدة فيه فإن فعل ثم تبين عجزه عن أحيائه استرجعه منه كما استرجع عمر رضي الله عنه من بلال ابن الحارث ما عجز عن عمارته من العقيق الذي أقطعه النبي صلى الله عليه وسلم فروى أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع بلال بن الحارث العقيق أجمع وإن عمر قال لبلال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقطعك لتعجزه عن الناس [على] أقطعك لتعجز نخذ منها ما قدوت على عمارته ورد الباقي رواء أبو عبيد في الأموال ، وذكر سعيد في سننه عن عبد العزيز بن محمد عن ربيعة قال سمعت الحارث بن بلال بن الحارث يقول إن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطع بلال بن الحارث العقيق فلما ولي عمر قال ما أقطعتك لتعجزه فأنطعمه الناس ، وروى عاقمة بن وائل عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع أرضاً بحضرموت قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، قال سعيد ثنا سفيان عن ابن أبي نجيح عن عمرو ابن شعيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطع ناساً من جهينة أو مزينة أرضاً فعطوها فجاء قوم فاحيوها فخاصمهم الذين أقطعهم رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى عمر بن الخطاب فقال عمر لو كانت قطعة مني أو من أبي بكر لم أردوها ولكننا قطعنا من رسول الله صلى الله عليه وسلم فانا أردناها

قال أبو عبيد الله: اجتمع شرج والشرج من حصين، والحررة أرض ملتبسة بحجارة سود والجدر الجدار، وإنما أمر النبي ﷺ الزبير أن يسقي ثم يرسل الماء. سبل على غيره فلما قال الانصاري ما قال استوعى النبي ﷺ الزبير حقه وروى مالك في الموطأ أيضاً عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم أنه بلغه أن رسول الله ﷺ قال في سيل مهزوز ومذنب يمسك حتى السكبين ثم يرسل الأعلى على الأسفل قال ابن عبد البر هذا حديث مدني مشهور عند أهل المدينة معمول به عندهم قال عبد الملك بن حبيب مهزوز ومذنب واديان من أودية المدينة يسيلان بالمطر وتنافس أهل الحوايط في سبيلها، وروى أبو داود بإسناده عن ثعلبة بن أبي مالك أنه سمع كبراًهم يذكر أن رجلاً من قریش كان له سهم في بني قريظة فخاصم إلى رسول الله ﷺ في سيل مهزوز والسيال الذي يقتسمون ماءه فقضى بينهم رسول الله ﷺ أن الماء إلى الكعبين لا يجلس الأعلى على الأسفل ولأن من أرضه قرية من فوهة النهر أسبق إلى الماء فكان أولى به كمن لا يبق إلى المشرقة فإن كانت أرض صاحب الأعلى مختلفة منها مستعالية ونهاية متفلة سقى كل واحدة منها على حدتها، وإن استوى اثنان في القرب من أول النهر اقتدما الماء بينهما إن أدكن وإن لم يسكن أفرع بينهما فقدم من تقع له القرعة فإن كان الماء لا يفضل عن أحدهما سقى من تقع له القرعة بقدر حقه من الماء ثم تركه الآخر وليس له أن يسقي بجميع الماء لأن الآخر يساويه في استحقاق الماء وإلما القرعة لتقديم في استيفاء الحق لافي أصل الحق بخلاف الأعلى مع الأسفل فإنه ليس للأسفل حق إلا فيما فضل عن الأعلى، فإن كانت

(فصل) وقد روى وائل بن حجر أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع أرضاً فأرسل معاوية أن أعطه إياه أو أعلمه إياه. حديث صحيح، واقطع الزبير حضر فرسه فأجرى فرسه حتى قام ورمى بسوطه فقال «أعطوه من حيث وقع السوط» رواه سعيد وأبو داود، وذكر البخاري عن أنس قال دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم الانصار ليقطع لهم بالبحرين فقالوا يا رسول الله أن فعلت فكتب لآخواننا من قریش بمنزلها، وروى أن أبا بكر أقطع طلحة بن عبيد الله أرضاً، وأقطع عثمان خمسة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الزبير وسعداً وابن مسعود وأسامة بن زيد وخباب بن الارت وروى عن نافع أبي عبد الله أنه قال لعمران قبلنا أرضاً بالبصرة ليست من أرض الخراج ولا تضر بأحد من المسلمين فإن رأيت أن تقطعها اتخذ فيها قصيلاً لحيلي قال فكتب عمر إلى أبي موسى أن كانت كما يقول فاقطعها إياه. روى هذه الآثار كلها أبو عبيد في الأموال. إذا ثبت هذا فإن من أقطع الإمام شيئاً من الموات لم يملكه بذلك لكن يصير أحق به كالمتهجر الشارع في الأحياء على ما ذكرنا من حديث بلال بن الحارث حيث استرجع منه عمر ما عجز عن أحيائه، ولو ملكه لم يحجز استرجاعه ورد عمر أيضاً قطعة أبي بكر لعينة بن حصن فسأل عينة بن حصن أبا بكر أن يحدد له كتاباً فقال والله لا أجد شيئاً رده عمر رواه أبو عبيد. فعلى هذا يكون المقطع أحق بها من سائر الناس وأولي بأحيائه وحكمه حكم المتهجر الشارع سواء وقد مر ذكره ومذهب الشافعي على نحو ما ذكرنا

(مسئلة) (وله أقطام الجلوس في الطرق الواسعة ورحاب المساجد ما لم يضيّق على الناس) القطار (أحدهما) أقطاع موات لمن يحببه وقد ذكرناه (والثاني) أقطاع أرفاق وذلك كأقطاع مقاعد الأسواق والطرقات الواسعة ورحاب المساجد فللإمام أقطاعها لمن يجلس فيها لأن له في ذلك اجتهاداً

أرض أحدهما أكثر من أرض الآخر قسم الماء بينهما على قدر الأرض لأن الزائد من أرض أحدهما مساو في القرب فاستحق جزءاً من الماء. كما لو كان لشخص ثالث، وإن كان الجماعة ومم شرب من نهر غير مملوك أو سبل وجاء إنسان ليحبي موانا أقرب إلى راس النهر من أرضهم لم يكن له أن يستقي قبلهم لأنهم سبقوا إلى النهر منه ولأن من ملك أرضاً ملكها بحقوقها ومراقبتها ولا يملك غيره إبطال حقوقها وهذا من حقوقها وهل لهم منعه من أحياء ذلك الموات؟ فيه وجهان أحدهما ليس لهم منعه لأن حقهم في النهر لا في الموات والثاني لهم منعه لئلا يصير ذلك ذريعة إلى منعهم حقهم من السقي لتقدمه عليهم بالقرب إذا طال الزمان وجهل الحال، فإذا قلنا ليس لهم منعه فسبق إنسان إلى مسيل ماء أو نهر غير مملوك فأحيا في أسفل مواناً ثم أحيا آخر فوقه ثم أحيا ثالث فوق الثاني كان للأسفل السقي أولاً ثم الثاني ثم الثالث ويقدم السبق إلى الأحياء على السبق إلى أول النهر لما ذكرنا

(فصل) الضرب الثاني للماء الجاري في نهر مملوك وهو أيضاً قسمان (أحدهما) أن يكون الماء مباح الأصل مثل أن يحفر إنسان نهراً صغيراً يتصل بنهر كبير مباح فلم يتصل الحفر لا يملكه وإنما هو تحجر ومشروع في الأحياء فإذا اتصل الحفر بكل الأحياء وملكه لأن الملك بالأحياء أن تنتهي العارة إلى قصدتها بحيث يتكرر الانتفاع بها على صورتها وهذا كذلك وسواء أجرى فيه الماء أو لم يجره لأن الأحياء يحصل بأن يهيئته للانتفاع به دون حوله والمنفعة فيصير مالاً لقرار النهر وحافتيه، وهو آؤه حتى له

من حيث إنه لا يجوز الجلوس إلا فيما لا يضر بالمارة فكان للإمام أن يجلس فيها من لا يرى أنه يتضرر بجلوسه، ولا يملكها المقطع بذلك بل يكون أحق بالجلوس فيها من غيره بمنزلة السابق إليها من غير إقطاع إلا في أن السابق إذا ثقل مناعه عنها فليغيره الجلوس فيها لأن استحقاقه لها بسبقه إليها ومقامه فيها فإذا أثقل عنها زال استحقاقه لزوال المعنى الذي استحق به وهذا استحقاق باق طاع الإمام فلا يزول حقه بثقل مناعه ولا لغيره الجلوس فيه، وحكمه في التظليل على نفسه بما ليس بيناً ومنعه من البناء ومنعه إذا طال مقامه حكم السابق على ما ذكره

(مسئلة) فإن لم يقطعها فلم يسبق إليها الجلوس فيها ويكون أحق بها ما لم ينقل فباشه عنها) ما كان من الشوارع والطرق والرحاب بين العمران فليس لأحد أحياءه وسواء كان واسعاً أو ضيقاً وسواء غريق على الناس بذلك أو لم يضيق لأن ذلك يشترك فيه المسلمون وتعلق به مصالحهم أشبه مساجدهم ويجوز الارتفاق بالقعود في الواسع من ذلك للبيع والشراء على وجه لا يضيق على أحد ولا يضر بالمارة لاتفاق أهل الأمصار في جميع الأعصار على إقرار الناس على ذلك من غير انكار، ولأنه ارتفاق بمباح من غير أضرار فلم يمنع منه كالأجتناب قال أحمد في السابق إلى دكاكين السوق غدوة فهو له إلى الليل وكان هذا في سوق المدينة فيما مضى وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « منى مناخ من سبق » وله أن يظل على نفسه بما لا ضرر فيه من بارية وكساء ونحوه لأن الحاجة تدعو إليه من غير مضرة فيه، وليس له أن يبني دكة ولا غيرها لأنه يضيق على الناس وتعثر به المارة بالليل والضرير في الليل والنهار وتبقى على الدوام وربما ادعى ملكه بذلك والسابق أحق بما كان فيه. فإن قام وترك مناعه فيه لم يجوز لغيره إزالته لأن بد الأول

وكذلك حريمه وهو ماتي الطين من كل جانب وعند القاضي أن ذلك غير مملوك لصاحب النهر وإنما هو حق من حقوق الملك وكذلك حريم البئر وهذا مذهب الشافعي، وظاهر قول الحنفي أنه مملوك لصاحبه لقول رسول الله ﷺ « من أحبا أرضاً لم تملك فهي له » وأحباؤها أن يحوط عليها حائطاً أو يحفر فيها بئراً فيكون له خمس وعشرون ذراعاً حولها وحريم النهر يجب أن يكون كذلك. فإذا تقرر هذا فكان النهر لجماعة فهو بينهم على حسب العمل والنفقة لانه إنما ملك بالعمارة والعمارة بالنفقة فان كفى جميعهم فلا كلام وان لم يكفهم وترأوا على قسمته بالمبايعة أو غيرها جازلاً نه حقهم لا يخرج عنهم وان تشاحوا في قسمته قسمه الحاكم بينهم على قدر أملاكهم لان كل واحد منهم يملك من النهر بقدر ذلك، فتؤخذ خشبة صلبة أو حجر مستوي الطرفين والوسط فيوضع على موضع مستو من الارض في مقدم الماء فيه حوز أو ثقب مساوية في السعة على قدر حقوقهم يخرج من كل جزء أو ثقب الى ساقية مفردة لكل واحد منهم فاذا حصل الماء في ساقيته انفرد به، فان كانت أملاكهم مختلفة قسم على قدر ذلك فاذا كان لاحد منهم نصفه وللآخر ثلثه وللآخر سدسه جعل فيه ستة ثقوب لصاحب النصف ثلاثة نصب في ساقيته ولصاحب الثلث اثنان ولصاحب السدس واحد، وان كان لواحد الخسان والباقي لاثنتين يتساويان فيه جعل عشرة ثقوب لصاحب الخمين أربعة نصب في ساقيته ولكل واحد من الآخرين ثلاثة نصب في ساقية له فان كان النهر لعشرة خمسة منهم ارض قرية من أول النهر ولخمس ارض بعيدة

عليه وان نقل متاعه كان لغيره أن يقعد فيه لان يده قد زالت
 ﴿مسئلة﴾ (فان طال مقامه منع في أحد الوجهين) لانه يصير كالمملك ويختص بنفع يساويه غيره في استحقاقه (والثاني) لا يمنع لانه سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم
 ﴿مسئلة﴾ (وان سبق اثنان اليه احتمل أن يقرع بينهما واحتمل أن يقدم الامام من يرى منها فان كان الجالس يضيق على المارة لم يحل له الجلوس فيه وليس للامام تمكينه بعوض ولا غيره)
 قال أحمد ما كان ينبغي لنا أن نشترى من هؤلاء الذين يبيعون على الطريق قال القاضي هذا محمول على أن الطريق ضيق أو يكون يؤذي المارة لما تقدم وقال لا يعجبني الطحن في العروب اذا كانت في طريق الناس وهي السفن التي يطحن فيها في الماء الجاري انها كره ذلك لتضييقها طريق السفن المارة في الماء قال احمد ربما غرقت السفن فأرى لارجل ان يتوقى الشراء بما يطحن بها
 (فضل) وإن سبق الى معدن فهو احق بما ينال منه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو احق به » وسواء كان المعدن ظاهراً أو باطناً اذا كان في موات فان اخذ قدر حاجته واراد الاقامة فيه بحيث يمنع غيره منع من ذلك لانه يضيق على الناس بما لا نفع فيه له اشبه ما لو وقف في مشرعة الماء لغير حاجة

﴿مسئلة﴾ (وهل يمنع اذا طال مقامه للاخذ ؟ على وجهين)
 (احدهما) يمنع لانه يصير كالمملك والاخر لا يمنع لاطلاق الحديث، وإن استبق الى اثنان أو اكثر وضائق المسكن عنهما افرع بينهما لانه لا مزية لاحدهما على الاخر ويحتمل ان يقسم بينهما لانه يمكن قسمته وقد

جعل لأصحاب القرية خمسة ثقوب لكل واحد ثقب وجعل للباقي خمسة تجري في النهر حتى تصل إلى أرضهم ثم تقسم بينهم خمسة أخرى ، وإن أراد أحدهم أن يجري ماء في ساقية غيره ليقاسمه في موضع آخر لم يجوز إلا برضاؤه لأنه يتصرف في ساقيته ويحزب حافتها بغير إذنه ويخلط حقه بحق غيره على وجه لا يتميز فلم يجوز ذلك ، ويجوز على قولنا أن الماء لا يملك أن يحكم الماء في هذا النهر حكمه في نهر غير مملوك ، وإن الأسبق أحق بالسقي منه ثم الذي يليه على ما ذكرنا لأنه غير مملوك فكان الأسبق إليه أحق به كما لو كان في نهر غير مملوك ، ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله على نحو مما ذكرنا والله أعلم (فصل) وإذا حصل نصيب إنسان في ساقية فله أن يسقي به ما شاء من الأرض سواء كان لها رسم شرب من هذا النهر أو لم يكن وله أن يعطيه من يسقي به ، وقال القاضي وأصحاب الشافعي ليس له سقي أرض ليس لها رسم شرب في هذا الماء لأن ذلك دال على أن لها قسما من هذا الماء فربما جعل سقيها منه دليلا على استحقاتها لذلك فيستغفر الشراكا ويصبر هذا كما لو كان له دار بابها في درب لا ينفذ ودار بابها في درب آخر ظهرها ملاصق لظهور داره الأولى فأراد تنفيذ إحداهما إلى الأخرى لم يجوز لأنه يجعل لنفسه استطرافا من كل واحدة من الدارين

ولنا أن هذا ماء انفرد باستحقاقه فكان له أن يسقي منه ماشاء كما لو انفرد به من أصله ولا نسلم ما ذكره في الدارين ، وإن سلمنا فالفرق بينهما أن كل دار يخرج منها إلى درب آخر مشترك لأن تساوي فقس بينهما كما لو تداعيا عينا في أيديهما ولا ينفذ لأحدهما ويحتمل أن يقدم الإمام من يرى منه إلى له نظراً وذكر القاضي وجها رابعا وهو أن الإمام ينصب من يقسم بينهما وهذا التفصيل مذهب الشافعي (مسألة) (ومن سبق إلى مباح كصيد أو غنم وحطب ونحوه ولقطة ولقيط وما يبيده الناس رغبة عنه أو يضيع منهم مما لا تتبعه النفس وما يسقط من البلح وسائر المباحات فهو أحق به بأذن الإمام وغيره اذنه لقول رسول الله ﷺ من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به ، وإن سبق إليه اثنين قسم بينهما لأن قسمته ممكنة فلا يؤخر حق أحدهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر ، وإن سبق الموات أو برعادية فهو أحق بها لما ذكرنا

(مسألة) (وإذا كان الماء في نهر غير مملوك كياه الأمطار فلن في أهله أن يسقي ويحبس الماء حتى يصل إلى الكعب ثم يرسل إلى من يليه)

وجه ذلك أنه لا يخلو الماء من حالين إما أن يكون جاريا أو واقفا والجارى ضربان (أحدهما) أن يكون في نهر غير مملوك وهو قسمان [أحدهما] أن يكون نهرا عظيما كالنيل والفرات الذي لا يستغنى أحد بالسقي منهما فهذا لا نزاع فيه ولكل أحد أن يسقي منهما متى شاء وكيف شاء

[القسم الثاني] أن يكون نهرا صغيرا يزدهم الناس فيه ويتشاحون في مائه أو سيل يتشاح فيه أهل الأرضين الشاربة منه فيبدأ بمن في أول النهر فيسقي ويحبس الماء حتى يبلغ الكعب ثم يرسل إلى الذي يليه فبصنع كذلك وعلى هذا حتى تنتهي الأراضي كلها فلن لم يفضل عن الأول شيء أو عن

الظاهر أن لكل دار سكانا فيجعل لسكان كل واحدة منها استطرافا إلى درب غير نافذ لم يكن لهم حق في استطرافه وههنا إنما يسقي من ساقية المفردة التي لا يشاركه غيره فيها فلو صار لتلك الأرض رسم من الشرب من ساقية لم يتضرر بذلك أحد ، ولو كان يسقي من هذا النهر بدولاب فأحب أن يسقي بذلك الماء أرضا لا رسم لها في الشرب من ذلك النهر فالحكم في ذلك على ما ذكرنا من الخلاف في التي قبلها ، وإن كان الدولاب يعرف من نهر غير مملوك جاز أن يسقي بتصديه من الماء أرضا لا رسم لها في الشرب منه بغير خلاف نعمه فإن ضاق الماء قدم الأسبق فالأسبق على ما مضى

(فصل) ولكل واحد منهم أن يتصرف في ساقية المختصة به بما أحب من إجراء غير هذا الماء فيها أو عمل رحي عليها أو دولاب أو عبارة وهي خشبة تمتد على طرفي النهر أو فطرة يعبر الماء فيها وغير ذلك من التصرفات لأنها مملوكة لاحق لغيره فيها فأما النهر المشترك فليس لواحد منهم أن يتصرف فيه بشيء من ذلك لأنه يتصرف في النهر المشترك وفي حريمه بغير اذ شر كائه ، وقال القاضي في العبارة هذا ينبغي على الروايتين فيمن أراد أن يجري ماء في أرض غيره ، والمصحيح أنه لا يجوز ههنا ، ولا يصح قياس هذا على إجراء الماء في أرض غيره لأن إجراء الماء في أرض ينفع صاحبها لأنه يسقي عروق شجره وبشره أولا وآخر أو هذا لا ينفع النهر بل ربما أفسد حافته ولم يسق له شيئا ، ولو أراد أحد الشركاء أن يأخذ من النهر قبل قسمه شيئا يسقي به أرضا في أول النهر أو غيره أو أراد أن يغير ذلك لم يجز لأنهم صاروا

اشتراكا أو من يليها فلا شيء لباقيين لأنهم ليس لهم إلا ما فضل فهم كالعصبة في الميراث وهذا قول فقهاء المدينة ومالك والشافعي ولا نعلم فيه مخالفا لما روى عبد الله بن الزبير أن رجلا من الانصار خاضع الزبير في شراج الحرة التي يسقون بها إلى النبي ﷺ قال ﷺ « اسق يا زبير ثم ارجل الماء إلى جارك » فنقض الانصاري فقال يا رسول الله أن كان ابن عمك ؟ فتلون وجه رسول الله ﷺ ثم قال « يا زبير اسق ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر » فقال الزبير فوالله أني لأحب هذه الآية نزات فيه (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم) متفق عليه ، وذكر عبد الرزاق عن معمر بن الزهري قال نظرنا في قول النبي ﷺ « ثم احبس حتى يبلغ الجدر » وكان ذلك إلى الكعبين ، قال أبو عبيد : الشراج جمع شرج والشرج نهر صغير والحرة أرض مائسة بمجاعة سود ، والجدر الجدار وإنما أمر النبي ﷺ الزبير أن يسقي ثم يرسل تسبيلا على غيره فلما قال الانصاري ما قال امتدح في النبي ﷺ للزبير حقه

وروى مالك في الموطأ عن عبد الله بن أبي بكر بن عمر بن حزم أنه بلغه أن رسول الله ﷺ قال في سبل مهزوز ومذيئيب « بمسك حتى يبلغ الكعبين ثم يرسل الأعلى على الأسفل » قال ابن عبد البر : هذا حديث مدني مشهور عند أهل المدينة يعملون به عندهم ، قال عبد الملك بن حبيب : مهزوز ومذيئيب واديان من أودية المدينة يسيلان بالمطر يتنافسان أهل الحواشي في سبلهما

وروى أبو داود بإسناده عن أمية بن أبي مالك أنه سمع كبارهم يذكر أن رجلا من قريش كان لهم في بني قريظة نخاعم إلى رسول الله ﷺ في مهزوز السيل الذي يقتسمون ماءه فقضوا بينهم

أحق بالماء الجاري في نهرهم من غيرهم ولأن الاخذ من الماء ربما احتاج الى تصرف في حافة النهر المملوك لغيره او المشترك بينه وبين غيره ، ولو قاض ماء هذا النهر إلى ملك انسان فهو مباح كالطائر يعيش في ملك انسان وهذا كله مذهب الشافعي فيه نحو مما ذكرنا

(فصل) وان قسموا ماء النهر المشترك بالمهاياة جاز إذا ارضوا به وكان حق كل واحد منهم معلوما مثل أن يجعلوا لكل حصاة يوما وليلة أو أكثر من ذلك أو أقل وان قسموا النهار فجعلوا لواحد من طلوع الشمس الى وقت الزوال وللآخر من الزوال الى الغروب ونحو ذلك جاز ، وان قسموه ساعات وأمكن ضبط ذلك بشي معلوم كطاسة مثقوبة ترك في الماء وفيها علامات إذا انتهى الماء الى علامة كانت ساعة وإذا انتهى الى الأخرى كانت ساعتين أو زجاجة فيها رمل ينزل من أعلاها الى أسفلها في ساعة أو ساعتين ثم يقلبها فيعود الرمل الى الموضع الذي كان فيه في مثل ذلك المقدار أو بميزان الشمس الذي تعرف به ساعات النهار أو بمنازل القمر في الليل ونحو ذلك جاز فإذا حصل الماء لأحدهم في نوبته فأراد أن يسقي به أرضا ليس لها رسم شرب من هذا أو يؤثر به انسانا أو يقرضه إياه على وجه لا يتصرف في حافة النهر جاز ، وعلى قول القاضي وأصحاب الشافعي ينبغي أن لا يجوز لما تقدم في مثل ذلك ، وان أراد صاحب النوبة أن يجري مع مائه ماء له آخر يسقي به أرضه التي لها رسم شرب

رسول الله ﷺ ان الماء الى الكهين لا يجبس الأعلى على الأسفل ، ولأن من أرضه قرية من رأس النهر سبق الى المسكان فكان أولى به كالسابق الى المشرقة فان كانت أرض صاحب الأعلى مختلفة منها عالية ومنها مستقلة سقى كل واحدة منها على حدتها ، فان استوى اثنان في القرب من أول النهر اقتسما الماء بينهما ان أمكن وإلا فروع بينهما فقدم من تقع له القرعة فان كان الماء لا يفضل عن أحدهما سقى من تقع له القرعة بقدر حقه من الماء ثم تركه للآخر ، وليس له السقي بجميع الماء مساواة لآخره لا في استحقاق الماء وانما القرعة لتقديم في استيفاء الحق لا في أصل الحق بخلاف الأعلى مع الأسفل فانه ليس للأسفل حق الا في الفاضل عن الأعلى فان كانت أرض إحداهما أكبر من أرض الآخر قسم الماء بينهما على قدر الأرض لان الزائد من أرض أحدهما مساو في القرب فاستحق جزءا من الماء كالأثر الثالث

(مسئلة) (فان أراد انسان احياء أرض يستقيها من ماء النهر جاز ما لم يضر بأهل الأرض الشاربة منه) إذا كان جماعة رسم شرب من نهر غير مملوك أو سيل فجاء انسان يجني موانا أقرب من رأس النهر من أرضهم لم يكن له أن يسقي قبلهم لانهم أسبق الى النهر منه ولأن من ملك أرضا ملكها بحقوقها وصرفها ولا يملك غيره إبطال حقوقها وهذا من حقوقها ، وهل لهم منعه من احياء ذلك الموات ؟ فيه وجهان (أحدهما) ليس لهم منعه لان حقوقهم في النهر لا في الموات (والثاني) لهم منعه لئلا يصير ذلك ذريعة الى منعهم من السقي لتقديمه عليهم في القرب اذا طال الزمان وجهل الحال ، فاذا قلنا ليس لهم منعه فسبق إلى سيل ماء أو نهر غير مملوك فأحيوا في أسفله وانا ثم أحيوا آخر فوقه ثم أحيوا ثالث فوق الثاني كان للأسفل السقي أولا ثم الثاني ثم الثالث ، ويقدم السبق الى الأحياء على السبق الى أول النهر لما ذكرنا

من هذا النهر أو أرضه له أخرى أو سأله إن يجري ماء له مع مائه في هذا النهر ليقاسمه إياه في موضع آخر على وجه لا يضر بالنهر ولا بأحد جاز ذلك في قياس قول أصحابنا فانهم قالوا فيمن استأجر أرضاً جاز أن يجري فيها ماء في نهر مجبور إذا كان فيها ولأنه مستحق لنفع النهر في نوبته بأجراء الماء فأشبهه مالهو استأجرها لذلك

(فصل) (التسم الثاني) أن يكون منبع الماء مملوكاً مثل أن يشترك جماعة في استنباط عين وأجرائها فانهم بما يكونها أيضاً لأن ذلك أحياء لها ويشتركون فيها وفي ساقيتها على حسب ما أنفقوا عليها وعملوا فيها كما ذكرنا في القسم الذي قبل هذا إلا أن الماء غير مملوك ثم لأنه مباح دخل ملكه فأشبهه ما لو دخل صيد بستانه، وهما يخرج على روايتين أصحهما أنه غير مملوك أيضاً وقد ذكرنا ذلك، وعلى كل حال فلكل أحد أن يستقي من الماء الجاري لشربه ووضوئه وغسله وغسل ثيابه وينتفع به في أشباه ذلك مما لا يؤثر فيه من غير إذنه إذا لم يدخل إليه في مكان محوط عليه، ولا يحل لأصاحبه المنع من ذلك لما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ «ثلاثة لا ينظر الله إليهم ولا يزكهم ولم يذهب عنهم الله غيبهم»: رجل كان بفضل ماء بالطريق فنعه ابن السبيل» رواه البخاري، وعن بهيسة عن أبيها أنه قال يابني الله ما الشيء الذي لا يحل منه؟ قال «الماء» قال يابني الله ما الشيء الذي لا يحل منه؟ قال «الملح» قال يابني الله ما الشيء الذي لا يحل منه؟ قال «أن تفعل الخير خيراً لك» رواه أبو دارود ولأن

(فصل) الضرب الثاني الجاري في نهر مملوك وهو قسمان (أحدهما) أن يكون الماء مباح الأصل مثل أن يحفر إنسان نهرأ صغيراً يتصل بنهر كبير مباح فأن لم يتصل الحفر لا يملكه وإنما هو تحجر وشروع في الأحياء فإذا اتصل الحفر ملكه لأن الملك بالأحياء أن تنتهي العمارة إلى قصد ما بحيث يتكرر الانتفاع بها على صيرتها وهذا كذلك وسواء أجرى فيه الماء أو لم يجره لأن الأحياء يحصل بهيئته للانتفاع به دون حصول المنفعة فيصير مالكا لقرار النهر وحافته، وهو مؤه حق له وكذلك حريمه وهو ما في الطين من جوانبه، وعند القاضي أن ذلك غير مملوك لأصاحب النهر وإنما هو حق من حقوق الملك، وظاهر قول الحنفية أنه مملوك لغیر صاحبه قياساً على قوله في حريم البئر أنه يملكه. إذا تقرر ذلك فكان النهر لجماعة فهو بينهم على حسب العمل والنفقة لأنه إنما ملك بالعمارة والعمارة بالنفقة، فإن كفي جميعهم فلا كلام وإن لم يكفهم فتراضوا على قسمته بالمهاياة أو غيرها جاز لأن حقوقهم لا يخرج عنهم، وإن تشاحوا فيه قسمه الحاكم بينهم على قدر أملاكهم لأن كل واحد منهم يملك من النهر بقدر ذلك فتؤخذ خشبة أو حجر مستوى الطرفين والوسط فتوضع على موضع مستو من الأرض في صدم الماء فيه حروز أو ثقوب متساوية في السعة على قدر حقوقهم من كل حوز أو ثقب ساقية مفردة لكل واحد منهم فإذا حصل الماء في ساقية انفرده فإن كانت أملاكهم مختلفة قسم على قدر ذلك، فإذا كان لأحدهم نصفه وللثاني ثلثه وثلاث سدسه جعل فيه ستة ثقوب: لأصاحب النصف ثلاثة نصب في ساقية ولصاحب الثلث اثنين ولصاحب

ذلك لا يؤثر في العادة وهو فاضل عن حاجة صاحب النهر، فالما يؤثر فيه كسقي الماشية الكثيرة ونحو ذلك فإن فضل الماء عن حاجة عن صاحبه ثمة بذلك، وإن لم يفضل لم يلزمه وقد ذكرنا ذلك في غير هذا الموضع.

(فصل) إذا كان النهر أو الساقية مشتركاً بين جماعة فإن أرادوا إكراهه أو سدبقي فيه أو إصلاح حائطه أو شيء منه كان ذلك عليهم على حسب ملكهم فيه فإن كان بعضهم أدنى إلى أوله من بعض اشترك الكل في إكراهه وإصلاحه إلى أن يصلوا إلى الأول ثم لا شيء على الأول ويشترك الباقيون حتى يصلوا إلى الثاني ثم يشترك من بعده كذلك كلما انتهى العمل إلى موضع واحد منهم لم يكن عليه فيما بعده شيء وبهذا قال الشافعي وحكي ذلك عن أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يشترك جميعهم في إكراهه كله لأنهم ينتفعون بجميعه فإن ما جاوز الأول مصب لثانيه وإن لم يسق أرضه

ولنا أن الأول إنما ينتفع بالماء الذي في موضع شربه وما بعده إنما يختص بالانتفاع به من دونه فلا يشاركهم في مؤنته كما لا يشاركهم في نفعه فإن كان يفضل عن جميعهم منه ما يحتاج إلى مصرف فؤنة ذلك المصرف على جميعهم لأنهم يشتركون في الحاجة إليه والانتفاع به فكانت مؤنته عليهم كلها كأوله.

قدس واحد، فإن كان لواحد الخسان والبقى لاثنتين على الدوا. جعل عشرة ثقب: لصاحب الخسين أربعة نصب في ساقية، ولكل واحد من الآخرين ثلاثة، فإن كان النهر لعشرة — خمسة منهم أرض الرية من أول النهر وخمسة أرض بعيدة جعل لأصحاب القرية خمسة ثقب لكل واحد ثقب وجعل للباقيين خمسة تجري في النهر حتى تصل إلى أرضهم، ثم تقسم خمسة بينهم خمسة أخرى فإن أراد أحدهم أن يجري ماءه في ساقية غيره أيقاسه في موضع آخر لم يجز بغير رضاه لأنه يتصرف في ساقية ويحرب حاجتها بغير إذنه ويخلط حقه بحق غيره على وجه لا يتميز فلم يجز ذلك، ويجوز على قولنا إن الماء لا يملك أن حكم الماء في هذا النهر حكمه في نهر غير مملوك وإن الأسبق أحق بالسقي ثم الذي يليه على ما ذكرنا، ومذهب الشافعي في هذا الأصل كله على نحو ما ذكرنا

(فصل) وإذا حصل نصيب إنسان في ساقية فله أن يسقي به ماشاء من الأرض سواء كان لها رسم شرب من هذا النهر أو لم يكن، وله أن يعطيه من يسقي به، وقال القاضي وأصحاب الشافعي ليس له سقي أرض ليس لها رسم شرب من هذا الماء لأن ذلك دال على أن لها قسماً من هذا الماء، وربما جعل سقيها منه دليلاً على استحقاقها لذلك فيستضر الشرط. وبصور هذا كما لو كان له دار بابها في درب لا ينفذ ودار بابها في درب آخر ظهرها ملاصق لظهر داره الأولى فأراد تنفيذ إحداها إلى الأخرى لم يجز لأنه يجعل لنفسه استطرافاً من كل واحدة من الدارين

ولنا أن هذا ماء انفرد باستحقاقه فكان له أن يسقي به ماشاء، كما لو انفرد به من أصله ولا نسلم

(مسئلة) قال (واحياء الارض أن يحوط عليها حائطا)

ظاهر كلام الخرق أن تحوط الارض احياء لها سواء أرادها لبناء أو لزرع أو حظيرة للغنم أو الخشب أو غير ذلك ونص عليه أحمد في رواية علي بن سعيد فقال احياء أن يحوط عليها حائطا ويحفر فيها بئراً أو نهراً ولا يعتبر في ذلك تسقيف وذلك لما روى الحسن عن سمرة أن رسول الله ﷺ قال « من أحاط حائطا على أرض فهي له » رواه أبو داود والامام أحمد في مسنده ، وروى عن جابر عن النبي ﷺ مثله ، ولأن الحائط حاجز منيع فكان احياء أشبه ما لوجعلها حظيرة للغنم وبين هذا أن القصد لا اعتبار به بدليل ما لو أرادها حظيرة للغنم فيبناها بحص وأجر وقسمها بيوتاً فإنه يملكها وهذا لا يصنع للغنم مثله ، ولا بد أن يكون الحائط منيعاً بمنع ما وراءه ويكون مما جرت العادة بمثله ويختلف باختلاف البلدان فلو كان مما جرت عادتهم بالحجارة وسدها كاهل حوران وفلسطين أو بالطين كالغظائر لاهل غوطة دمشق أو بالخشب أو بالتمصب كامل الغور كان ذلك احياء ، وإن بناه بأرفع مما جرت به عادته كان أولى ، وقال القاضي في صفة الاحياء روايتان (احدهما) ما ذكرنا (والثانية) الاحياء ما عارفه الناس احياء لان الشرع ورد بتعليق الملك على الاحياء ولم يبينه ولا ذكر كيفيته فيجب الرجوع فيه إلى ما كان احياء في العرف كما انه لما ورد باعتبار القبض والحرز ولم يبين كيفيته كان المرجع فيه إلى العرف ، ولأن الشارع لو عاق الحكم على شيء باسمه لابق بمسماه عند أهل البلدان فكذلك يتعلق الحكم بالمسمى احياء عند أهل العرف ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم

ما ذكره في الدارين وإن سلمنا فالفرق بينهما أن كل دار يخرج منها إلى درب مشترك لأن الظاهر أن لكل دار سكاناً فيجعل سكان كل واحدة منهما استطرافاً إلى درب غير نافذ لم يكن لهم حق في استطرافه وهما إنما يسقي من ساقيته المفردة التي لا يشاركه غيره فيها، ولو صار لتلك الارض رسم من الشرب من ساقيته لم يتضرر بذلك أحد، ولو كان يسقي من هذا النهر بدولاب فأحب أن يسقي بذلك الماء أرضاً لا رسم لها في الشرب من ذلك النهر فالحكم في ذلك على ما ذكرنا من الخلاف، وإن كان الدولاب يعرف من نهر غير مملوك جاز أن يسقي به نصيبه من الماء أرضاً لا رسم لها في الشرب منه بغير خلاف نعلمه فإن ضاق الماء قدم الاسبق فالاسبق على ما مضى

(فصل) ولكل واحد منهم أن يتصرف في ساقيته المختصة به بما أحب من إجراء ماء غير هذا الماء فيها أو عمل رحي عليها أو دولاب أو عبارة وهي خشبة تمتد على طرفي النهر أو قطرة يعبر فيها الماء أو غير ذلك من التصرفات لأنها ملكه ولا حق فيها لغيره فالما النهر المشترك فليس لواحد منهم أن يتصرف فيه بشيء من ذلك لانه تصرف في النهر المشترك أو في حريمه بغير إذن شركائه وقال القاضي في العبارة هذا ينبني على الروايتين فيمن أراد أن يجري ماء في أرض غيره والصحيح أنه

لا يعلق حكماً على ما ليس إلى معرفته طريق فلما لم يبينه تعيين العرف طريقاً لمعرفة إذ ليس له طريق سواء . إذا ثبت هذا فإن الأرض تحي داراً للسكنى وحظيرة ومزرعة فأحياء كل واحدة من ذلك بتعيينها الانتفاع الذي أريدت له ، فأما الدار فبأن يبنى حيطانها بما جرت به العادة وتسقيها لأنها لا تكون تسكنى إلا بذلك .

وأما الحظيرة فأحياءها بما يحاط جرت به عادة مثلها وليس من شرطها التسقيف لأن العادة ذلك من غير تسقيف وسواء أَرادها حظيرة للماشية أو لخشيب أو الحطب أو نحو ذلك ، ولو خندق عليها خندقاً لم يكن أحياء لأنه ليس بمحاط ولا عمارة إنما هو حفر ونحريب ، وإن حاطها بشوك وشبهه لم يكن أحياء وكان نهباً لأن المسافر قد ينزل منزلاً ويجرط على رحله بنحو من ذلك ، ولو نزل منزلاً فنصب به بيت شعر أو خيمة لم يكن أحياء ، وإن أَرادها للزراعة فبأن يهيئها لامتكان الزرع فيها ، فإن كانت لا تزرع إلا بالماء فبأن يسوق إليها ماء من نهر أو بئر وإن كانت مما لا يمكن زرعها لكنية أحجارها كأرض الحجاز فبأن يقطع أحجارها وينقيها حتى تصلح للزرع ، وإن كانت غياضاً وأشجاراً كأرض الشعري فبأن يقطع أشجارها ويزيل عروقها التي تمنع الزرع ، وإن كانت مما لا يمكن زرعها إلا بمحس الماء عنها كأرض البطائح التي يفسدها غرقها بالماء لكثرة فحايوها بسد الماء عنها وجعلها بحال يمكن زرعها لأن بذلك يمكن الانتفاع بها فيما أَرادها من غير حاجة إلى تكرار ذلك في كل عام فكان أحياء كسوق الماء إلى الأرض التي لا ما لها

لا يجوز ههنا ولا يصح قياس هذا على إجراء الماء في أرض غيره لأن إجراء الماء في أرض ينفع صاحبها لأنه يسقي عروق شجره ويشربه أولاً وآخرأ وهذا لا ينفع النهر بل ربما أفسد حافته ولا يستقي له شيئاً ، ولو أراد أحد الشركاء أن يأخذ من النهر قبل قسمته شيئاً يستقي به أرضاً في أول النهر أو في غيره أو أراد إنسان غيرهم ذلك لم يجوز لأنهم صاروا أحق بالماء الخاص في نهرهم من غيرهم ولأن الأخذ من الماء ربما احتاج إلى تصرف في حافة النهر المملوك لغيره أو المشترك بينه وبين غيره ، ولو قاض ماء هذا النهر إلى أرض إنسان فهو مباح كالمطائر يعيش في ملك إنسان ومذهب الشافعي في ذلك على نحو ما ذكرنا .

(فصل) وإن قسموا ماء النهر المشترك بالمهاياة جاز إذا تراضوا به وكان حق كل واحد منهم معلوماً مثل أن يجعلوا لكل حصّة يوماً وليلة ، وإن قسموا النهر فجعلوا لواحد من طلوع الشمس إلى الزوال وللآخر من الزوال إلى الغروب ونحو ذلك جاز ، وإن قسموه ساعات وأمكن ضبط ذلك بشيء معلوم جاز فإذا حصل الماء لأحدهم في نوبته فأراد أن يستقي به أرضاً ليس لها رسم شرب من هذا أو يؤثر به إنساناً أو يقرضه إياه على وجه لا يتصرف في حافة النهر جاز وعلى قول القاضي وأصحاب الشافعي ينبغي أن لا يجوز لما تقدم ، وإن أراد صاحب النوبة أن يجري مع مائه ماء له آخر يستقي

ولا يعتبر في احياء الارض حرثها ولا زرعها لان ذلك مما يتكرر كلما أراد الانتفاع بها فلم يعتبر في الاحياء كسقيها وكالسكنى في البيوت ، ولا يحصل الاحياء بذلك اذا فعله لمجرده لما ذكرنا ولا يعتبر في احياء الارض السكنى نصب الابواب على البيوت وبهذا قال الشافعي فيما ذكرنا في الرواية الثانية الا أن له وجهاً في أن حرثها وزرعها احياء لها وان ذلك معتبر في احيائها ولا يتم بدونه ، وكذلك نصب الابواب على البيوت لانه مما جرت العادة به فأشبه التسقيف ولا يصح هذا لما ذكرنا ، ولان السكنى ممكنة بدون نصب الابواب فأشبه تطيين سطوحها وتبييضها

(مسئلة) قال (أو يحفر فيها بئراً فيكون له خمس وعشرون ذراعاً حوالها وإن سبق الى بئر عادية فحريمها خمسون ذراعاً)

البئر العادية بتشديد الياء القديمة منسوبة الى عاد ولم يرد عاداً بعينها لكن لما كانت عاد في الزمن الاول وكانت لها آثار في الارض نسب اليها كل قديم فكل من حفر بئراً في موات لامتلاك فله حريمها خمس وعشرون ذراعاً من كل جانب ومن سبق الى بئر عادية كان أحق بها لقول النبي ﷺ « من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهو له وله حريمها خمسون ذراعاً من كل جانب » نص احمد على هذا في رواية حرب وعبد الله واختاره أكثر أصحابنا ، وقال القاضي وابو الخطاب ليس هذا على طريق التحديد بل حريمها على الحقيقة ما تحتاج اليه في تروية ما نالها منها فان كان بدولاب فقد مد الثور

به أرضه التي لها رسم شرب من النهر أو أرضاً له أخرى أو سأله إنسان أن يجري له ماء مع مائه في هذا النهر ليقاسمه إياه في موضع آخر على وجه لا يضر بالنهر ولا باحد جاز ذلك في قياس قول أصحابنا فانهم قالوا فيمن استأجر أرضاً جاز أن يجري فيها ماء في نهر محفور إذا كان فيها ولأنه مستحق لنفع النهر في نوبته باجراء الماء فأشبه ما لو استأجرها لذلك :

(فصل) القسم الثاني أن يكون منبع الماء مملوكاً مثل ان اشترك جماعة في استنباط عين وإجرائها فانهم يملكونها أيضاً لان ذلك احياء لها ، ويشتركون فيها وفي ساقيتها على حسب ما أنفقوا عليها وعملوا فيها كما ذكرنا في النهر في القسم الذي قبله الا أن الماء غير مملوك ثم لانه مباح دخل ملكه فأشبه ما لو دخل بستانه صيد ، وههنا يخرج على روايتين أصحهما أنه غير مملوك أيضاً وقد ذكرنا ذلك في كتاب البيع وعلى كل حال فلكل أحد أن يستقي من الماء الجاري لشربه ووضوئه وغسله وغسل ثيابه وينتفع به في اشياء ذلك مما لا يؤثر فيه من غير إذنه اذا لم يدخل اليه في مكان محوط عليه ولا يحصل لصاحبه المنع من ذلك لما روي أبو هريرة قال قال رسول الله ﷺ « ثلاثة لا ينظر الله اليهم ولا يزكهم ولهم عذاب أليم رجل كان بفضل ماء بالطريق فنهه ابن السبيل » رواه البخاري وعن بهيسة عن أبيها أنه قال يا نبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه ؟ قال الماء قال يا نبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه ؟ قال

أو غيره ، وإن كان بساقية فيقدر طول البئر لما روي عن النبي ﷺ أنه قال « حريم البئر مد رعاتها » أخرجه ابن ماجه ولأنه المكان الذي تمشي اليه البهيمة ، وإن كان يستقي منها يده فيقدر ما يحتاج اليه الواثق عندها ، وإن كان المستخرج عينا فخرمها القدر الذي يحتاج اليه صاحبها للانتفاع بها ولا يستغنى باخذه منها ولو على الف ذراع ، وحريم البئر من جهاتيه ما يحتاج اليه الطرح كرايته بحكم العرف في ذلك لأن هذا إنما ثبت للحاجة فينبغي أن تراعى فيه الحاجة دون غيرها ، وقال أبو حنيفة حريم البئر أربعون ذراعاً ، وحريم العين خمسمائة ذراع لأن أبا هريرة روى عن النبي ﷺ أنه قال « حريم البئر أربعون ذراعاً لا عطان الأبل والغنم » وعن الشعبي مثله رواه أبو عبيد

ولنا ما روى الدارقطني والخلال بإسنادهما عن النبي ﷺ أنه قال « حريم البئر البدي خمس وعشرون ذراعاً وحريم البئر العادي خمسون ذراعاً وهذا نص ، وروى أبو عبيد بإسناده عن يحيى ابن سعيد الأنصاري أنه قال السنة في حريم القليب العادي خمسون ذراعاً واليدي خمس وعشرون ذراعاً ، وبإسناده عن سعيد بن المسيب قال حريم البئر البدي خمس وعشرون ذراعاً من نواحيها كلها وحريم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع من نواحيها كلها وحريم البئر العادية خمسون ذراعاً من نواحيها كلها ولأنه معنى يملك به الموات فلا يتف على قدر الحاجة كالحائط ولأن الحاجة إلى البئر لا تنحصر في ترقية الماء فإنه يحتاج إلى ما حولها عطناً لا بد وعوقفاً لدراجه وغنمه وموضعا يجعل فيه أحواضاً يستقي منها ماشيته ، وموقفاً لدابته التي يستقي عليها وأشباه ذلك فلا يختص الحريم بما يحتاج اليه ترقية الماء ، وأما حديث أبي حنيفة

« المالح » قال يابني الماء ما الشيء الذي لا يخل منه ؟ قال « أن تفعل الخير خير لك » رآه أبو داود ولأن ذلك لا يؤثر في العادة وهو فاضل عن حاجة صاحب النهر ، وأما ما يؤثر كسقي الماشية الكثيرة فإن فضل عن حاجته لزمه بذلك والالم يارمه وقد ذكرناه

(فصل) إذا كان النهر أو الساقية مشتركاً بين جماعة فأرادوا إكراهه أو سد بثق فيه أو إصلاح حائطه أو شيء منه كان ذلك عليهم على حسب ملكهم فيه فإن كان بعضهم أدنى إلى أوله من بعض اشترك الكل في إصلاحه وإكراهه إلى أن يصلوا إلى الأول ثم لا شيء على الأول وبشترك الباقيون حتى يصلوا إلى الثاني ثم يشترك من بعده كذلك كلما انتهى العمل إلى موضع واحد منهم لم يكن عليه فيما بعده شيء وبهذا قول الشافعي وحكي عن أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يشترك جميعهم في إكراهه كله لأنهم ينتفعون به جميعاً فإن تجاوز الأول ذهب لمائه وإن لم يسق أرضه

ولنا أن الأول إنما ينتفع بالماء الذي في موضع شربه وما بعده إنما يختص بالانتفاع به من دونه فلا يشاركهم في مؤنته كما لا يشاركهم في نفعه فإن كان يفضل عن جميعهم منه ما يحتاج إلى معرفته فمؤنته على جميعهم لا يشتركون في الحاجة اليه والانتفاع به فكانت مؤنته عليهم كالماء كآوله

فقد لنا أصح منه ورواهما أبو هريرة فيدل على ضعفه. إذا ثبت هذا فظاهر كلام الحرقى أن هذا الحرم مملوك لصاحب البئر، وعند الشافعي والشافعي ليس بمملوك وقد سبق ذكر هذا (فصل) ولا بد أن يكون البئر فيها ماء، وإن لم يصل إلى الماء فهل كالتحجير الشارع في الأحياء على ما قدمناه. ويجب أن يحمل قوله في البئر العادية على البئر التي انطمت وذهب ماؤها فجدد حفرها وحملتها أو انقطع ماؤها فاستخرج له ليكون ذلك أحياء لها، وأما البئر التي لها ماء ينتفع به المسلمون فليس لاحد احتجاره ومنعه لأنه يكون بمنزلة المعادن الظاهرة التي يرتفع بها الناس وهكذا العيون الناجية ليس لاحد أن يختص بها، ولو حفر رجل بئراً للمسلمين ينتفعون بها أو لينتفع هو بها مدة إقامته عندها ثم يتركها لم يملكها وكان له الانتفاع بها فإذا تركها صارت للمسلمين كلهم كالمعادن الظاهرة وما دام مقبلاً عندها فهو أحق بها لأنه سابق إليها فهو كالتحجير الشارع في الأحياء.

(فصل) وإذا كان لسان شجرة في موات فله حريمها قدر ما تمده أغصانها حوا إليها وفي النخلة مد جريدتها لما روى أبو داود بإسناده عن أبي سعيد قال اختصم إلى النبي ﷺ في حريم نخلة فأمر بحريضة من جرائدها فذرعت فكانت سبعة أذرع أو خمسة أذرع فقضى بذلك وإن غرس شجرة في موات فهي له وحريمها وإن سبق إلى شجر مباح كزيتون والخروب فسقاه وأصلحه فهو أحق به كالتحجير الشارع في الأحياء فإن طعمه مملوكه بذلك وحريمه لأنه تهيأ للانتفاع به لما يراد منه فهو كدوق الماء إلى الأرض الموات ولقول النبي ﷺ «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به»

(مسئلة) (وللامام أن يحمي أرضاً من الموات ترعى فيها دواب المسلمين التي يقوم بحفظها ما لم يضيق على الناس، ولا يجوز ذلك لغيره)

معنى الحمى أن يحمى أرضاً يمنع الناس رعي جشيشها لاختصاصها بها وكانت العرب في الجاهلية تعرف ذلك فكان منهم من إذا اتجمع بلاء أقام كلباً على نشر ثم استعواء ووقف له من كل ناحية من يسمع صوته بالعواء فحيث انتهى صوته جاء من كل ناحية لنفسه ويرعى مع الناس فيما سواه فنهى رسول الله ﷺ عنه لما فيه من التضيق على الناس ومنعهم من الانتفاع بشيء لهم فيه حق فروى الصواب بن جثامة قال سمعت رسول الله ﷺ يقول «لا حمى إلا لله ولرسوله» رواه أبو داود وقال عليه الصلاة والسلام «الناس شركاء في ثلاث في الماء والنار والكلأ» رواه الحلال فليس لاحد من الناس أن يحمي سوى الأئمة لما ذكرنا من الخبر والمعنى، فأما النبي ﷺ فقد كان له أن يحمي لنفسه وللمسلمين أتوله «لا حمى إلا لله ولرسوله» ولم يحرم لنفسه شيئاً وإنما حمى للمسلمين فروى ابن عمر قال حمى النبي ﷺ النقيع لحيل المسلمين رواه أبو عبيد والنقيع بالنون موضع ينتفع فيه الماء فيكثر فيه الحصب لمكان الماء الذي يصير فيه، وأما سائر أئمة المسلمين فليس لهم أن يحموا لأنفسهم شيئاً ولكن لهم أن يحموا مواضع ترعى فيها خيل المجاهدين ونعم الجزية وإبل الصدقة وضوال

(فصل) ومن كانت له بئر فيها ماء، فحفر آخر قريباً منها بئراً ينسرق اليها ماء البئر الأولى فليس له ذلك سواء كان محتفر اثنتان في ملكه مثل رجلين متجاورين في دارين حفر أحدهما في داره بئراً ثم حفر الآخر بئراً أعمق منها فسرى اليها ماء الأولى أو كانتا في دوات فبقي أحدهما فحفر بئراً ثم جاء آخر فحفر قريباً منها بئراً فنجذب ماء الأولى، وروايت الشافعي في هذه الصورة الثانية لأنه ليس له أن يتديء ملكه على وجه يضر بالمالك قبله، وقال في الأولى له ذلك لأنه تصرف مباح في ملكه فجاز له فعله كتمليته داره، وهكذا الخلاف في كل ما يحده المارحما يضر بجاره مثل أن يجعل داره مدبغة أو حماماً يضر بمقار جاره بحمي ناره ورماده ودخانها أو يحفر في أصل حائطه حشا يتأذى جاره برائحته وغيرها أو يجعل داره مخبزا في وسط المطارين ونحوه من ما يؤذي جيرانه فلا يحل له ذلك وقال الشافعي له ذلك كله لأنه تصرف مباح في ملكه أشبه ببناء وتقضه

ولنا قول النبي ﷺ لا ضرر ولا ضرار « ولأنه أحداث ضرر بجاره فلم يجز كاللحق الذي يهز الحيطان ويخربها وكالتقاء السداد والتراب ونحوه في أصل حائطه على وجه يضر به ولو كان لرجل مصنع ماء فأراد جاره غرس شجرة تين أو نخوها بما تسري عروقها فنشق حائطه مصنع جاره ويتأذى لم يملك ذلك وكان لجاره منعه وقلمها أن غرسها، ولو كان هذا الذي يحصل منه الضرر سابقاً لم يكن له في ملكه مدبغة أو مقصرة فأحيا انسان إلى جانبه وانا وبناء داراً يتضرر بذلك لم يازم إزالة الضرر بغير خلاف فعله لأنه لم يحدث ضرراً والله تعالى أعلم

الناس التي يقوم الامام بحفظها وماشية الضعيف من الناس على وجه لا يستضر به من سواه من الناس وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي في صحيح قوله، وقال في الآخر ليس لغير النبي ﷺ أن يحمي لقوله « لا حى إلا لله ولرسوله » ووجه الاول أن عمر وعثمان حيا واشتهر ذلك في الصحابة فلم يشكر عليهما فكان اجاعاً فروى أبو عبيد باسناده عن عامر بن عبد الله بن الزبير أحسبه عن أبيه قال أتى اعرابي عمر فقال يا أمير المؤمنين بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية وأسلمنا عليها في الاسلام علام؟ نعمها قال فاطرق عبر وجبل ينفخ وينفل شاربه وكان إذا كربه أمر قتل شاربه ونفخ فلما رأى الاعرابي ما به جعل يردد ذلك فقال عمر المال مال الله والعباد عباد الله والله لولا ما أحل عليه في سبيل الله ما حبت من الارض شبراً في شبر. قال مالك بلغني أنه كان يحمل في كل عام على أربعين الفاً من الظاهر، وعن أسلم قال سمعت عمر يقول لمنني حين استعمله على حى الربة يا مني اضمم جناحك عن الناس واتق دعوة المظلوم فإنها مجابة وأدخل رب العرشية والغنيمة ودعني من نعم ابن عوف ونعم ابن عفان فأنهما إن هلكتا ما شيتما رجعا إلى نخل وزرع وان هذا المسكين ان هلكت ما شيتما جاء بصرخ يا أمير المؤمنين فالسكلاً أهون علي أم غرم الذهب والورق أنها أرضهم قاتلوا عليها في الجاهلية وأسلموا عليها في الاسلام وأنهم ليرزون أنا نذلهم ولولا النعم التي نعمل عليها في سبيل الله

(مسئلة) قال (وسواء في ذلك ما أحياه أو سبق اليه باذن الامام أو غير اذنه)

وجملة ذلك ان احياء الموات لم يفتقر الى اذن الامام وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يفتقر الى اذنه لان الامام مدخلا في النظر في ذلك بدليل ان من تحجر مواتا فلم يحيه فإنه يطالبه بالاحياء أو الترك فإنقر الى اذنه بكل بيت المال .

وأما عموم قوله عليه السلام « من أحيأ أرضا فهي له » ولان هذه عين مباحة فلا يفتقر تملكها الى اذن الامام كأخذ الحشيش والحطب ، ونظر الامام في ذلك لا يدل على اعتبار اذنه الا ترى ان من وقف في مشرعة طالبه الامام ان يأخذ حاجته ويعترف ولا يفتقر ذلك الى اذنه ، وأما مال بيت المال فإنه هو مملوك للمسلمين والامام ترتيب مصارفه فانقر الى اذنه بخلاف مسئلتنا فان هذا مباح فمن سبق اليه كان أحق الناس به كالحشيش والحطب والصبود والنار المباحة في الجبال

(فصل) فأما ما سبق اليه فهو الموات إذا سبق اليه فتحجره كان أحق به ، وان سبق الى بئر عارية فتمرع فيها يعمرها كان أحق بها ، ومن سبق الى مقاعد الاسواق والطرقات أو مشاريع المياه والمعادن الظاهرة والباطنة وكل مباح مثل الحشيش والحطب والثمار المأخوذة من الجبال وما ينذره الناس رغبة عنه أو يضيع منهم مما لا تتبعه النفس والقطعة واللقيط وما يسقط من النالج وسائر المباحات من سبق الى شيء من هذا فهو أحق به ولا يحتاج الى اذن الامام ولا اذن غيره لقول النبي ﷺ « من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو أحق به » والله الموفق

لما حيت على الناس من بلادهم شيئا أبداً وهذا إجماع منهم ولان ما كان لمصالح المسلمين قامت الائمة فيه مقام رسول الله ﷺ فقد روي عن النبي ﷺ أنه قال « ما أطعم الله نبي طعمة الا جعلها طعمة من بعده » والخبر مختصر وما جاء لنفسه يفارق حتى النبي ﷺ لنفسه لان صلاحه يعود الى صلاح المسلمين وماله كان يرد على المسلمين ، وليس لم أن يحجوا الا قدراً لا يضيق عن المسلمين ويضرهم لانه لما جاز لما فيه من المصلحة لما يحصى وليس من المصلحة ادخال الضرر على أكثر الناس

(مسئلة) (وما جاء النبي ﷺ فليس لأحد نقضه ولا تغييره مع بقاء الحاجة اليه)

لان ما حكم به النبي ﷺ نص لا يجوز نقضه بالاجتهاد ومن أحيأ منه شيئا لم يملكه وان زالت الحاجة اليه ففيه وجهان أصحهما أنه لا يجوز نقضه لما ذكرنا ، فأما ما جاء غيره من الائمة فغيره هو أو غيره من الائمة جازء وان أحيأ انسان مملوكه في أحد الوجهين لان حتى الائمة اجتهاد وملك الارض بالاسباء نص والنص يقدم على الاجتهاد والوجه الآخر لا يملكه لان اجتهاد الامام لا يجوز نقضه كما لا يجوز نقض سكه والاول أولى لان الاجتهاد في حقه في تلك المدة دون غيره ولهذا ملك الحامي نقضه ومذهب الشافعي في هذا على نحو ما ذكرنا

كتاب الوقوف والعطايا

الوقوف جمع وقف يقال منه وقفت وقفاً ولا يقال أوقفت الا في شاذ اللغة ويقال حبست وأحبست وبه جاء الحديث « ان شئت حبست أصلها وتصدق بها » والعطايا جمع عطية مثل خلية وخلايا ، وبلية ولابا والوقف مستحب ومعناه تحييس الاصل وتسبيل الثمرة

والاصل فيه ما روى عبد الله بن عمر قال : أصاب عمر أرضاً بخير فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها فقال يا رسول الله اني أصبت أرضاً بخير لم أصب قط مالا أنفس عندي منه فما تأمرني فيها ؟ قال « ان شئت حبست أصلها وتصدق بها غير أنه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث » قال فتصدق بها عمر في الفقراء وذوي القربى والرقاب وابن السبيل والضيف ، لا جناح على من وليها أن يأكل منها أو يطعم صديقاً بالمعروف غير منائل فيه أو غير متمول فيه ، متفق عليه

وروي عن النبي ﷺ أنه قال « اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث : صدقة جارية ، أو علم ينتفع به من بعده ، أو ولد صالح يدعو له » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وأكثر أهل العلم من السلف ومن بعدهم على القول بصحة الوقف . قال جابر لم يكن أحد من أصحاب النبي ﷺ ذو مقدرة الا وقف ، ولم ير شريح الوقف وقال لا حبس عن فرائض الله قال أحمد وهذا مذهب

كتاب الوقف

وهو تحييس الاصل وتسبيل المنفعة وهو مستحب ، والاصل فيه ما روى عبد الله بن عمر قال أصاب عمر أرضاً بخير فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها فقال يا رسول الله اني أصبت أرضاً بخير لم أصب قط مالا أنفس عندي منه فما تأمرني فيها ؟ قال « ان شئت حبست أصلها وتصدق بها غير أنه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث » قال فتصدق بها عمر في الفقراء وذوي القربى والرقاب وابن السبيل والضيف لا جناح على من وليها أن يأكل منها أو يطعم صديقاً بالمعروف غير منائل فيه أو غير متمول فيه ، متفق عليه وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث صدقة جارية أو علم ينتفع به من بعده أو ولد صالح يدعو له » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ورواه مسلم (فصل) والقول بصحة الوقف قول أكثر أهل العلم من السلف ومن بعدهم ، قال جابر لم يكن أحد من أصحاب رسول الله ﷺ ذو مقدرة الا وقف ولم ير شريح وقال لا حبس عن فرائض الله قال أحمد هذا مذهب أهل الكوفة وحديث ابن عمر حجة على من خالفه وهو صريح في الحكم مع صحته وقول جابر نقل للاجماع فلا يلتفت الى خلاف ذلك

أهل الكوفة ، وذهب أبو حنيفة إلى أن الوقف لا يلزم بمجرد الواقف الرجوع فيه إلا أن يوصي به بعد موته فيلزم أو يحكم بلزومه حاكم وحكام بعضهم عن علي وابن مسعود وابن عباس وخالفه أصحابه فقالوا كقول سائر أهل العلم

واحتج بعضهم بما روي أن عبد الله بن زيد صاحب الأذان جعل حائطه صدقة وجعله إلى رسول الله ﷺ فجاء أبواه إلى رسول الله ﷺ فقالا يا رسول الله لم يكن لنا عيش إلا هذا الحائط فردّه رسول الله ﷺ ثم ماتا فورهما ، رواه الهاملي في أماليه ، ولأنه أخرج ماله على وجه القرية من ملكه فلا يلزم بمجرد القول كالصدقة وهذا القول يخالف السنة الثابتة عن رسول الله ﷺ واجماع الصحابة رضي الله عنهم فإن النبي ﷺ قال لعمر في وقته « لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث » قال الترمذي رحمه الله: العمل على هذا الحديث عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم لأنهم يبين أحد من المتقدمين منهم في ذلك اختلافا

قال الحميدي تصدق أبو بكر رضي الله عنه بداره على ولده ، وعمر بربعه عند المروة على ولده ، وعثمان برومة ، وتصدق علي بأرضه بينبع ، وتصدق الزبير بداره بمكة وداره بمصر وأمواله بالمدينة على ولده ، وتصدق سعد بداره بالمدينة وداره بمصر على ولده ، وعمر بن العاص بالوهط وداره بمكة على ولده وحكيم بن حزام بداره بمكة والمدينة على ولده فذلك كله إلى اليوم

(مسئلة) وفيه روايتان احدهما أنه يحصل بالقول والفعل الدال عليه مثل أن يبني مسجداً ويأذن للناس في الصلاة فيه أو يجعل أرضه مقبرة ويأذن لهم في الدفن فيها أو سقاية ويشعرها لهم ظاهر المذهب أن الوقف يحصل بالفعل مع القرائن الدالة عليه التي ذكرناها قال أحمد في رواية أبي داود وأبي طالب فيمن أدخل بيتاً في المسجد وأذن فيه: لم يرجع فيه وكذلك إذا اتخذ المقابر وأذن للناس والسقاية فليس له الرجوع هذا قول أبي حنيفة ، والرواية الأخرى لا يصح إلا بالقول ذكرها القاضي وهو مذهب الشافعي وأخذ القاضي من قول أحمد إذ سأله الأثرم عن رجل أحاط حائطاً على أرض ليجعلها مقبرة ونوى بقلبه ثم بدا له المود فقال إن كان جعلها لله فلا يرجع

قال شيخنا وهذا لا ينافي الرواية الأولى فإنه إن أراد بقوله إن كان جعلها لله أي نوى بتحويلها جعلها لله فهذا تأكيد للرواية الأولى وزيادة عليها إذ منعه من الرجوع بمجرد التحويل مع التية وإن أراد بقوله جعلها لله أي اقترنت بفعله قرائن دالة على إرادة ذلك مع أذنه للناس في الدفن فيها فهو الرواية الأولى بعينها وإن أراد إذا وقفها بقوله فيدل بفهمه على أن الوقف لا يحصل بمجرد التحويل والتية وهذا لا ينافي الرواية الأولى لأنه في الأولى انضم إلى فعله ، أذنه للناس في الدفن ولم يوجد ههنا فلا تنافي بينهما ولم يعلم مراده من هذه الاحتمالات فاتفقت هذه الرواية وصار المذهب رواية واحدة واحتجوا بأن هذا محبوس على وجه القرية فوجب أن لا يصح بدون اللفظ كالوقف على الفقراء

وقال جابر لم يكن أحد من أصحاب النبي ﷺ ذوقاً لصدقة الا وقف وهذا اجماع منهم فان الذي قدر منهم على الوقف وقف واشتهر ذلك فلم ينكره أحد فكان اجماعاً ، ولانه إزالة ملك يلزم بالوصية فاذا نجزه حال الحياة لزم من غير حكم كالعتق . وحديث عبد الله بن زيد ان ثبت فليس فيه ذكر الوقف والظاهر أنه جعله صدقة غير مرقوفة استناب فيها رسول الله ﷺ فرأى والديه أحق الناس بصرفها اليها ولهذا لم يردّها عليه انها دفعها اليها ويحتمل أن الحائض كان لها وكان هو يتصرف فيه بحكم النيابة عنهما فتصرف بهذا التصرف بغير اذنها فلم ينفذاه وأتيا النبي صلى الله عليه وسلم فردّه اليها والتمس على الصدقة لايصح لأنها تلزم في الحياة بغير حكم حاكم وانما تقتصر الى القبض والوقف لا يفتقر اليه فانفردا .

(مسئلة) قال أبو القاسم رحمه الله عليه (ومن وقف في صحة من عقله وبدنه على قوم وأولادهم وعقبتهم ثم آخره للمساكين فقد زال ملكه عنه)

في هذه المسألة فصول ثلاثة (أحدها) أن الوقف اذا صح زال به ملك الواقف عنه في الصحيح من المذهب وهو المشهور من مذهب الشافعي ومذهب أبي حنيفة ، وعن أحمد لا يزول ملكه وهو قول

ولنا أن العرف جار بذلك وفيه دلالة على الوقف فجاز ان يثبت به كالقول وجرى مجرى من قدم الى ضيفه طعاماً كان اذنأ في آكله ومن ملأ خابية ماء على الطريق كان تسبيلاً له ومن نزلتاراً كان اذنأ في أخذه كذلك دخول الحمام واستعمال مائه من غير اذن مباح بدلالة الحال وقد ذكرنا في البيع أنه يصح بالمعاطاة وكذلك الهبة والهدية لدلالة الحال كذلك هذا وأما الوقف على المساكين فلم تجز به عادة بغير لفظ ولو كان شيء جرت به العادة أو دلت الحال عليه كان كسائلنا

(مسئلة) وصريحه وقف وسبلت وحسبت فتى أتى بواحدة منها صار وقفاً من غير انضمام أمر زائد لان هذه الالفاظ ثبت لها عرف الاستعمال بين الناس وانضم الى ذلك عرف الشرع بقول النبي ﷺ لعمر « ان شئت حبست أصلها وسبلت عمرتها » فصارت هذه الالفاظ في الوقف كاللفظ التطلق في الطلاق والكناية تصدقت وحرمت وأبدت فليست صريحة لان لفظة الصدقة والتحريم مشتركة فان الصدقة تستعمل في الزكاة والهبات والتحريم يستعمل في الظهار والإيمان ويكون تحريماً على نفسه وعلى غيره ، والتأييد يحتمل تأييد التحريم وتأيد الوقف فلم يثبت لهذه الالفاظ عرف الاستعمال فلا يصح الوقف بمجرد ككنايات الظهار فاذا انضم اليها أحد ثلاثة أشياء حصل الوقف بها (أحدها) أن ينوي الوقف فيكون على مانوى إلا أن النية تجمله وفقاً في الباطن دون الظاهر لعدم الاطلاع عليها فان اعترف بما نواه لزم في الحكم لظهوره ، وإن قال ما أردت الوقف فالقول قوله لانه أعلم بما نوى

مالك ، وحكي قولنا لاشانعي رضي الله عنه انزل النبي ﷺ « حبس الاصل وسبل الثمرة » ولنا أنه سبب يزيل التصرف في الرقبة والمنفعة فأزال الملك كالتق ، ولأنه لو كان ملكا لرجعت إليه قيمته كالمالك المطلق ، وأما الخبر فالمراد به أن يكون محبوبا لا يباع ولا يوهب ولا يورث وفائدة الخلاف أنا إذا حكمنا ببقاء ملكه لزمته مراعاته والحصومة فيه وبمقتضى أن يلزمه ارش جنايته كما ينبغي أم الولد سيدها لما تعذر تسليمه بخلاف غير المالك

(الفصل الثاني) أن ظاهر هذا الكلام أنه يزول الملك ويلزم الوقف بمجرد اللفظ به لأن الوقف يحصل به ، وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى لا يلزم الا بالقبض واخراج الواقف له عن يده وقال الوقف المعروف أن يخرج من يده إلى غيره ويؤكل فيه من يقوم به اختياره ابن أبي موسى وهو قول محمد بن الحسن لأنه تبرع بمال لم يخرج من المالك فلم يلزم بمجرد كالمبة والوصية

ولنا ما روينا من حديث عمر ، ولأننا تبرع بمنع البيع والمبة والميراث فلزم بمجرد كالتق ويفارق المبة فانها تملك مطلق والوقف بحسب الاصل وتسهيل المنفعة فهو بالتق أشبه فالحاقه به أولى (الفصل الثالث) أنه لا يقتصر إلى القبول من الموقوف عليه ذكره القاضى ، وقال أبو الخطاب إن كان الوقف على غير معين كالساكنين أو من لا يتصور منه القبول كالساكنين والقناطر لم يقتصر إلى قبول ، وإن كان على آدمي معين ففي اشتراط القبول وجهان (أحدهما) اشتراطه لأنه تبرع لا دمي

(الثاني) أن يضيف إليها لفظة تخلصها من الالفاظ الخمسة فيقول صدقة موقوفة أو محبسة أو مسيلة أو مؤبدة أو محرمة أو يقول هذه محرمة موقوفة أو محبسة أو مسيلة أو مؤبدة (الثالث) : أن يصفها بصفات الوقف فيقول صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث لأن هذه القرينة تزيل الاشتراك .

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح الوقف إلا بشروط أربعة : (أحدها) أن يكون في عين يجوز بيعها ويمكن الانتفاع بها دائماً مع بقاء عينها كالحبوان والنقار والاثاث والسلاح) وجملة ذلك أن الذي يصح وقفه مباح بيعه مع بقاء عينه وكان أصلاً يبقى بناء متصلاً كالنقار والحبوان والسلاح والاثاث وأشبه ذلك

قال أحمد في رواية الاثرم إنما الوقف في الدور والارضين على ما رقت أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال فيمن وقف خمس نخلات على مسجد : لا بأس به ، وهذا قول الشافعي ، وقال أبو يوسف لا يجوز وقف الحبوان ولا الرقيق ولا العروض الا الكراع والسلاح والغلمان والبقر والآلة في الارض الموقوفة تبعاً لها لأن هذا حيوان لا يقابل عليه فلم يجوز وقفه كما لو كان الوقف إلى مدة ، وعن مالك في الكراع والسلاح روايتان

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «أما خالد فإنه قد احتبس أذرعه واعناده في سبيل الله» متفق

معين فكان من شرطه القبول كالمبة والوصية بحقه أن الوصية إذا كانت لأدعي معين وقفت على قوله وإذا كانت لغير معين أو لمسجد أو نحوه لم تفتقر إلى قبول كذا هـ (والوجه الثاني) لا يشترط القبول لأنه أحد نوعي الوقف فلم يشترط له القبول كالنوع الآخر ، ولأنه إزالة ملك يمنع البيع والهبة والميراث فلم يعتبر فيه القبول كالعتق وبهذا فارق الهبة والوصية والفرق بينه وبين الهبة والوصية أن الوقف لا يختص المعين بل يتعلق به حق من يأتي من البطون في المستقبل فيكون الوقف على جميعهم إلا أنه مرتب فصار بمنزلة الوقف على الفقراء الذي لا يطل برد واحد منهم ولا يقف على قبوله والوصية للمعين بخلافه وهذا مذهب الشافعي فإذا قلنا لا يفتقر إلى القبول لم يطل برده وكان رده وقبوله وعدمهما واحداً كالعتق ، وإن قلنا يفتقر إلى القبول فرد من وقف عليه بطل في حقه وصار كالوقف المنقطع الابتداء يخرج في صحته في حق من سواه وبطلانه وجهان بناء على تفريق الصنفين فإن قلنا بصحته فهل ينتقل في الحال إلى من بعده أو يعرف في الحال إلى مصرف الوقف المنقطع إلى أن يموت الذي رده ثم ينتقل إلى من بعده ؟ على وجهين وسنذكر ذلك في الوقف المنقطع الابتداء إن شاء الله تعالى

(فصل) وينتقل الملك في الموقوف إلى الموقوف عليهم في ظاهر المذهب ، قال أحمد إذا وقف داره على ولد أخيه صارت لهم وهذا يدل على أنهم ملكوه

عليه وفي رواية أعتده أخرجه البخاري قال الخطابي الاعتاد ما يعده الرجل من مركوب وسلاح وآلة الجهاد ، وروي أن أم معقل جاءت إلى النبي ﷺ فقالت يا رسول الله إن أبا معقل جمل فاضحه في سبيل الله وأنا أريد الحج أفأركبه ؟ فقال رسول الله ﷺ « اركبه فإن الحج والعمرة من سبيل الله » ولأنه يحصل فيه تحييس الأصل وتسبيل المنفعة فصح وقفه كالعقار والفرس الحيس أو تقول يصح وقفه مع غيره فصح وحده كالعقار

(فصل) قال أحمد رحمه الله في رجل له دار في الربض أو قطيعة فاراد التنزه منها قال يقفها وقال القطائع ترجع إلى الأصل أراد جعلها للمساكين فظاهر هذا إباحة وقف السواد وهو في الأصل وقف ومعناه أن وقفها يطابق الأصل لا أنها تصير بهذا القول وقفاً

(مسألة) (وبصح وقف المشاع وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ، وقال محمد بن الحسن لا يصح وبناء على أصله في أن القبض شرط وهو لا يصح في المشاع

ولنا أن في حديث عمر أنه أصاب مائة سهم من خير فاستأذن النبي ﷺ فيها فأذن له في وقفها وهذا صفة المشاع ولأنه عقد يجوز على بعض الجملة مقررراً فجاز عليه مشاعاً كالبيع ولأن الوقف تحييس الأصل وتسبيل المنفعة وهذا يحصل في المشاع كحصوله في المقرر ولا نسلم اعتبار القبض وإن سلمنا فهو يصح في الوقف كما يصح في البيع

وروي عن أحمد أنه لا يملك أن جماعة نقلوا عنه فيمن وقف على ورثته في مرضه يجوز لأنه لا يباع ولا يورث ولا يصير ملكاً للورثة وإنما ينتفعون بخلتها وهذا يدل بظاهره على أنهم لا يملكون ويحتمل أن يزيد بقوله لا يملكون أي لا يملكون التصرف في الرقة فإن فائدة الملك وآثاره ثابتة في الوقف وعن الشافعي من الاختلاف نحو ما حكيناه ، وقال أبو حنيفة لا ينتقل الملك في الوقف اللازم بل يكون حقاً لله تعالى لأنه إزالة ملك عن العين والمنفعة على وجه القرية بتمليك المنفعة فانتقل الملك إلى الله تعالى كالعتق

ولنا أنه سبب يزيل ملك الواقف وجد إلى من يصح تملكه على وجه لم يخرج المال عن ماله فوجب أن ينقل الملك إليه كالمدة والبيع ، ولأنه لو كان تملك المنفعة المجردة لم يلزم كالعارية والسكنى ولم يزل ملك الواقف عنه كالعارية ويفارق العتق فإنه أخرجه عن المالية وامتناع التصرف في الرقة لا يمنع الملك كالمولد (فصل) وألفاظ الوقف سنة ثلاثة صريحة وثلاثة كناية : فالصريحة وقفت وحبست وصبلت متى أتى بواحدة من هذه الثلاث صار وقفاً من غير انضمام أمر زائد لأن هذه الألفاظ ثبت لها عرف الاستعمال بين الناس وانضم إلى ذلك عرف الشرع بقول النبي ﷺ لعمره إن شئت حبست أصلها وصبلت ثمرتها فصارت هذه الألفاظ في الوقف كلفظ التطليق في الطلاق وأما الكناية فهي تصدقت وحرمت وأبدت فليست صريحة لأن لفظة الصدقة والتحريم مشتركة

(فصل) وإن وقف داره على جهتين مختلفتين مثل أن يقفها على أولاده وعلى المساكين نصفين أو أثلاثاً أو كيفما كان جاز وسواء جعل مآل الموقوف على أولاده على المساكين أو على جهة سواهم لأنه إذا جاز وقف الجزء مفرداً جاز وقف الجزئين ، وإن أطلق الوقف فقال وقفت داري هذه على أولادي وعلى المساكين فهي بينهما نصفين لأن إطلاق الإضافة إليها يقتضي التسوية بين الجهتين ولا تحقق إلا بالتصنيف وإن قال وقفتها على زيد وعمرو والمساكين فهي بينهم اثلاثاً (مسئلة) (وبصح وقف الحلي على اللبس والعارية)

لأن ذلك نفع مباح مقصود يجوز أخذ الاجرة عليه فصح الوقف عليه كوقف السلاح في سبيل الله ولما روى نافع قال ابتاعت حفصة حلياً بشعرين ألفاً فحبسته على لسان آل الخطاب فكانت لا تخرج زكاته رواه الحلال بإسناده ولأنه عين يمكن الاتفاق بها مع بقائها دائماً فصح وقفها كالعقار وهو قول الشافعي وروي عن أحمد أنه لا يصح وقفها عليه وأنكر الحديث عن حفصة في وقفه ووجه هذه الرواية أن التحلي ليس هو المقصود الأصلي من الاثمان فلم يصح وقفها عليه كما لو وقف الدنانير والدراهم والمذهب الأول لما ذكرناه ، والتحلي من المقاصد المهمة والعادة جارية به وقد اعتبره الشرع في إسقاط الزكاة عن متخذة وجوز اجارته لذلك ويفارق الدراهم والدنانير فإن المادة لم تجز بالتحلي بها ولا اعتبر الشرع ذلك في إسقاط زكاة ولا ضمان نفقه في النصب بخلاف مسئلتنا

فإن الصدقة تستعمل في الزكاة والهبات، والتحريم يستعمل في الظهار والایمان ويكون تحريماً على نفسه وعلى غيره والتأييد يحتمل تأييد التحريم وتأييد الوقف ولم يثبت لهذه الالفاظ عرف الاستعمال فلا يحصل الوقف بمجرد ككنایات الطلاق فيه فإن انضم إليها أحد ثلاثة أشياء حصل الوقف بها (أحدها) أن ينضم إليها لفظة أخرى تخلصها من الالفاظ الحسة فيقول صدقة موقوفة أو محبسة أو مسيلة أو محرمة أو مؤبدة أو يقول هذه محرمة موقوفة أو محبسة أو مسيلة أو مؤبدة (الثاني) أن يصفها بصفات الوقف فيقول صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث لأن هذه القرينة تزيل الاشتراك (الثالث) أن ينوي الوقف فيكون على مانوى إلا أن النية تجعله وقفاً في الباطن دون الظاهر لعدم الاطلاع على ما في الضمائر قلن اعترف بما نواه لزم في الحكم لظهوره وإن قال ما أردت الوقف فاقول قوله لأنه أعلم بما نوى

(فصل) وظاهر مذهب أحمد أن الوقف يحصل بالفعل مع القرائن الدالة عليه مثل أن يبني مسجداً ويأذن للناس في الصلاة فيه أو مقبرة ويأذن في الدفن فيها أو سقاية ويأذن في دخولها فإنه قال في رواية أبي داود وأبي طالب فيمن دخل بيتنا في المسجد وأذن فيه لم يرجع فيه وكذلك إذا اتخذ الخمار وأذن للناس والسقاية فليس له الرجوع ، وهذا قول أبي حنيفة ، وذكر القاضي فيه رواية أخرى أنه لا يصير وقفاً إلا بالقول وهذا مذهب الشافعي وأخذ القاضي من قول أحمد إذا سأله الأثرم عن رجل أحاط حائطاً على أرض ليجعلها مقبرة ونرى بقلبه ثم بدا له العود فقال أن كان جعلها لله فلا يرجع

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح الوقف في الذمة كبد ودار وسلاح غير معين) لأن الوقف ابطال لغنى الملك فيه فلم يصح في غير معين كالعتق

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح في غير معين كأحد هذين العبدین) لأنه انقل للملك على وجه القرينة فلم يصح في غير معين كالهبة

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح وقف مالا يجوز يعمه كام الولد والكلب والمرهون وكذلك الخنزير وسائر سباع البهائم التي لا تصلح للصيد وجوارح الطير التي لا يصاد بها)

لأنه نقل للملك فيها في الحياة فلم يجوز كالبيع ولأن الوقف تحييس الاصل وتسييل المنفعة ومال المنفعة فيه مباحة فلا يحصل فيه تسييل المنفعة والكلب أبيع الاتفاع به على خلاف الاصل للضرورة فلم يجوز التوسع فيها، والمرهون في وقفه ابطال حق المرتهن منه فلم يجوز ابطاله ولا يصح وقف الحمل المنفرد لأنه لا يجوز يعمه .

(فصل) (ولا يصح وقف مالا ينتفع به مع بقاءه دائماً كالآثان والطبوم والرياحين)

مالا يمكن الاتفاع به مع بقاء عينه كالدرهم والدنانير والمشروب وأشباهه من الرياحين لا يجوز وقفه في قول عامة الفقهاء وأهل العلم الا شيئاً خفي عن مالك والاوزاعي في وقف الطعام أنه يجوز ولم يحكم أصحاب مالك وليس بصحيح لأن الوقف تحييس الاصل وتسييل المنفعة ومالا ينتفع به إلا بالتلاف لا يصح ذلك

وهذا لا ينافي الرواية الاولى فانه أراد بقوله ان كان جعلها لله أي فري بتحويطها جعلها لله فهذا تأكيد
لرواية الاولى وزيادة عليها إذ منعه من الرجوع بمجرد التحويط مع النية وإن أراد بقوله جعلها لله
أي اقترنت بفعله قرائن دالة على ارادة ذلك من إذنه للناس في الدفن فيها فهي الرواية الاولى بعينها
وإن أراد وقفاً بلسانه فيدل بمفهومه على أن الوقف لا يحصل بمجرد التحويط والنية وهذا لا ينافي الرواية
الاولى لانه في الاولى انضم الى فعله إذنه للناس في الدفن ولم يوجد ههنا فلا تنافي بينهما ثم لم يعلم مراده
من هذه الاحتمالات فانتفت هذه الرهاية وصار المذهب رواية واحدة والله أعلم واحتجوا بأن هذا تحييس
أصل على وجه القربة فوجب أن لا يصح بدون اللفظ كالوقف على الفقراء.

ولما أن العرف جار بذلك وفيه دلالة على الوقف فجاز ان يثبت به كالكول وجرى مجرى من قدم
الى ضيفه طعاما كان اذنا في أكله ومن ملأ خاية ماء على الطريق كان تسبيلاً له ومن نثر على الناس ثاراً
كان اذنا في التقاطه وأبيح أخذه وكذلك دخول الحمام واستعمال مائه من غير إذن باح بدلالة الحال وقد
قدمنا في البيع أنه يصح بالمعاينة من غير لفظ وكذلك الهبة والمدينة لدلالة الحال فكذلك ههنا
وأما الوقف على المساكين فلم تجر به عادة بغير لفظ ولو كانت شي جرت به العادة أو دلت الحال
عليه كان كسائرنا والله أعلم.

فيه وقيل في الدرامم والدنانير حج وقفها عند من أجاز اجازتها ولا يصح لان تلك المنفعة ليست المقصود
الذي خلقت له الايمان ولهذا لا تضمن في الفصب فلم يجز الوقف له كوقف الشجر على نشر الثياب والغنم
على دوس الطين والشمع ليتجدد به ولذلك لا يصح وقف الشمع للاشعال لانه يتلف بالاستفاح به فهو
كالكول (الثاني) أن يكون على بر كالمساكين والمساجد والقناطر والاقارب مساكين كانوا أو من
أهل الذمة . وجملة ذلك ان الوقف لا يصح إلا على بر أو معروف لولده وأقاربه والمساجد والقناطر
وكتب الفقه والعلم والقرآن والسفایات والمقابر وسبيل الله وإصلاح الطرق ونحو ذلك من القرب ويصح
على أهل الذمة لانهم يملكون ملكاً محترماً ونحو الصدقة عليهم قال الله تعالى (لا يشاكم الله عن الذين
لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم) وإذا جازت الصدقة عليهم جاز
الوقوف عليهم كالمسلمين ، وروي ان صفية زوج النبي صلى الله عليه وسلم وقنت على أخ لها يهودي ولان
من جاز أن يقف عليه الذي جاز أن يقف المسلم عليه كالمسلم ولو وقف على من ينزل ككنائسهم وبيعتهم
من المارة والمجتازين من أهل الذمة وغيرهم صح لان الوقف عليهم لا على الموضع

(مسئلة) (ولا يصح على الكنائس وبيوت النار والبيع وكتب التوراة والانجيل) لان ذلك

معصية فان هذه المواضع بنيت للكفر وكتبهم مبدلة منسوخة ولذلك غضب النبي صلى الله عليه وسلم
على عمر حين رأى معه صحيفة فيها شيء من التوراة وقال « أفني شك أنت يا ابن الخطاب؟ ألم آت بها
بيضاء نقية؟ لو كان أخي موسى حياً لما وسعه إلا اتباعي » ولولا ان ذلك معصية ما غضب منه . وحكم

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يجوز ان يرجع اليه شيء من منافعه)

وجملة ذلك ان من وقف شيئاً وفقاً صحيحاً فقد صارت منافعه جميعها للموقوف عليه وزال عن الواقف ملكه وملك منافعه فلم يجوز ان ينتفع بشيء منها إلا أن يكون قد وقف شيئاً للمسلمين فيدخل في جملتهم مثل ان يوقف مسجداً فله ان يصلي فيه أو مقبرة فله الدفن فيها أو ثراً للمسلمين فله ان يستقي منها أو سقاية أو شيئاً يعم المسلمين فيكون كاحدم لانعلم في هذا كله خلافاً وقدروي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه سئل بئر رومة وكان دلوها فيها كدلاء المسلمين

﴿مسئلة﴾ قال (إلا ان يشترط أن يأكل منه فيكون له مقدار ما يشترط)

وجملته ان الواقف اذا اشترط في الوقف أن ينفق منه على نفسه صح الوقف والشرط ، نص عليه احمد . قال الاثرم قبل لابي عبدالله يشترط في الوقف أن ينفق على نفسي وأهلي منه قل نعم واحتج قال سمعت ابن عيينة عن ابن طاروس عن أبيه عن حجر المدري ان في صدقة رسول الله ﷺ أن يأكل منها أهله بالمعروف غير المنكر ، وقال القاضي يصح الوقف رواية واحدة لان أحمد نص عليها في رواية جماعة وبذلك قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة وابو يوسف واليزير وابن شريح ، وقال مالك والشافعي ومحمد بن الحسن لا يصح الوقف لانه ازالة الملك فلم يجوز اشتراط نفعه لنفسه

الوقف على قناديل البيعة وفرشها ومن يخدمها ومن يعمرها كالوقف عليها لانه يراد لتعظيمها والمسلم والذي في ذلك سواء ، قال أحمد في نصارى وقفوا على البيعة ضياعاً وماتوا ولم أبناء نصارى فأسلموا والضياح بيد النصارى فاهم أخذها والمسلمين عوضهم حتى يستخرجوها من أيديهم وهذا مذهب الشافعي قال شيخنا ولا نعلم فيه مخالفاً لان مالا يصح من المسلم الوقف عليه لا يصح وقف الذي كغير المعين فان قيل فقد قلتم ان أهل الكتاب اذا عقدوا عقوداً فاسدة وتباضوا ثم أسلموا وترافعوا اليانا لم تنقض ما فعلوه فكيف أجزتم الرجوع فيما وقفوه على كنائسهم ؟ قلنا الوقف ليس بمقد معاوضة إنما هو ازالة ملك في الموقوف على وجه القرية فاذا لم يقع صحيحاً لم يزل الملك بحاله كالتق ، وقد روي عن أحمد رحمه الله فيمن أشهد في وصيته ان غلامه فلانا يخدم البيعة خمس سنين ثم هو حر ثم مات مولاه وخدم سنة ثم أسلم ما عليه ؟ قال هو حر ويرجع على الغلام بأجر خدمة مبالغ أربع سنين ، وروي عنه قال هو حر ساعة مات مولاه لان هذه مصيبة وهذه الرواية أصح وأوفق لأصوله ، ويحتدل ان قوله يرجع عليه بخدمة أربع سنين لم يكن لصحة الوظيفة بل لانه إنما أعنته بموضع يتقدان صحته فاذا تعذر الموضع باسلامه كان عليه ما يقوم مقامه كما او تزوج الذي ذمى على ذلك ثم أسلم فانه يجب عليه المهر كذا ههنا يجب عليه العوض والاول أولى .

كالبيع والهبة ، وكأ لو أعتق عبداً بشرط أن يخدمه ولأن ما ينفعه على نفسه مجهول فلم يصح اشتراطه كأ لو باع شيئاً واشترط أن ينتفع به

ولنا الخبر الذي ذكره الامام احمد ولأن عمر رضي الله عنه لما رقف قال : ولا بأس على من وليها أن يأكل منها أو يطعم صديقاً غير متبول فيه وكان الوقف في يده الى أن مات ولأنه إذا وقف وفقاً عاماً كالساجد والسقايات والزبائات والمنابر كان له الانتفاع به فكذلك ههنا ، ولا فرق بين أن يشترط لنفسه الانتفاع به مدة حياته او مدة معلومة معينة ، وسواء قدر ما يأكل منه أو أطلقه فان عمر رضي الله عنه لم يقدر ما يأكل الوالي ويطعم إلا بقوله : بالمعروف ، وفي حديث صدقة رسول الله ﷺ أنه شرط أن يأكل أهلها منها بالمعروف غير المنكر إلا أنه إذا شرط أن ينتفع به مدة معينة فمات فيها فينبغي أن يكون ذلك لورثته كأ لو باع داراً واشترط أن يسكنها سنة فمات في أثناءها والله أعلم

(فصل) وان شرط أن يأكل أهلها منه صح الوقف والشرط لأن النبي ﷺ شرط ذلك في صدقته ، وان اشترط أن يأكل من وليه منه ويطعم صديقاً جاز لأن عمر رضي الله عنه شرط ذلك في صدقته التي استشار فيها رسول الله ﷺ فان وليها الواقف كان له أن يأكل ويطعم صديقاً لأن عمر ولي صدقته ، وان وليها أحد من أهلها كان له ذلك لأن حفصة بنت عمر كانت تلي صدقته بعد موته ثم وليها بعدها عبد الله بن عمر

﴿ مسألة ﴾ (ولا يصح الوقف على حربي ولا مرتد) لأن أموالهم مباحة في الاصل تجوز إزالتها فما يتجدد لهم أولى والوقف يجب أن يكون لازماً لأنه تحييس الاصل

﴿ مسألة ﴾ (ولا يصح على نفسه في إحدى الروايتين ، فان وقف على غيره واستثنى الأكل منه مدة حياته صح)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن وقف على نفسه ثم على الساكن أو على ولده فقال في رواية أبي طالب وقد سئل عن هذا فقال لا أعرف الوقف إلا ما أخرجته لله تعالى أو في سبيله فإذا وقف عليه حتى يموت فلا أعرفه ، فعلى هذه الرواية يكون الوقف عليه باطلاً وهل يبطل على من بعده ؟ على وجهين بناء على الوقف المنقطع الابتداء وهذا مذهب الشافعي لأن الوقف عليك للرقبة أو للمنفعة ولا يجوز أن يملك الانسان نفسه من نفسه كما لا يجوز أن يبيع ماله من نفسه ولأن الوقف على نفسه إنما حاصله منع نفسه من التصرف في رقبة الملك فلم يصح ذلك كما لو أفرد به بأن يقول لا أبيع هذا ولا أهبه ولا أورثه ، ونقل جماعة ان الوقف صحيح اختياره ابن أبي موسى . قال ابن عقيل وهو أصح وهو قول ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبي يوسف وابن شريح لما نذكره في المسئلة بعدها ولأنه يصح أن يقف وفقاً طاماً فينتفع به كذلك اذا خص نفسه بانتفاعه والاول أقيس

(فصل) ومن وقف وفقاً صحيحاً على انسان فقد صارت منافعه جميعاً للموقوف عليه وزال ملكه

(فصل) وإن شرط أن يبيعه متى شاء أو يهبه أو يرجع فيه لم يصح الشرط ولا الوقف لان لم فيه خلافاً لانه ينافي مقتضى الوقف ويحتمل أن يفسد الشرط ويصح الوقف بناء على الشروط الفاسدة في البيع وإن شرط الخيار في الوقف فسد ، نص عليه أحمد وبه قال الشافعي وقال أبو يوسف في رواية عنه يصح لأن الوقف تملك المنافع فجاز شرط الخيار فيه كالأجارة

ولنا أنه شرط بنافي مقتضى العقد فلم يصح كما لو شرط أن له يبيعه متى شاء ، ولأنه إزالة ملك لله تعالى فلم يصح اشتراط الخيار فيه كالمعتق ولأنه ليس بعقد معاوضة فلم يصح اشتراط الخيار فيه كالمبذوب وإن أجاز فأنها عقد معاوضة وهي نوع من البيع ، ولأن الخيار إذا دخل في العقد منع ثبوت حكمه قبل انقضاء الخيار أو التصرف وههنا لو ثبت الخيار لثبت مع ثبوت حكم الوقف ولم يمنع التصرف فافترقا

(فصل) وإن شرط في الوقف أن يخرج من شاء من أهل الوقف ويدخل من شاء من غيرهم لم يصح لانه شرط ينافي مقتضى الوقف فانفسد كما لو شرط أن لا ينتفع ، وإن شرط لناظر أن يعطي من يشاء من أهل الوقف ويحرم من يشاء جاز لأن ذلك ليس باخراج الموقوف عليه من الوقف وإنما علق استحقاق الوقف بصفة فكأنه جعل له حقاً في الوقف إذا انصف بإرادة الوالي لمعطيه ولم يجعل له حقاً إذا انتفت تلك الصفة فيه فأشبهه ما لو وقف على المشتغلين من ولده فإنه يستحق منهم من

عن الواقف وملك منافعه فلم يجز أن ينتفع بشيء منها فأما إن وقف شيئاً للمسلمين دخل في جهنم مثل أن يقف مسجداً فله أن يصلي فيه أو مقبرة فله الدفن فيها أو بئراً للمسلمين فله أن يسقي منها أو سقاية أو شيئاً يعم المسلمين فيكون كأخدم لا نعلم في ذلك خلافاً وقد روي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه سبل بئر رومة وكان دلوها فيها كدلاء المسلمين

(مسئلة) (وإن وقف على غيره واستثنى الأكل منه مدة حياته صح)

إذا وقف وقفاً على غيره وشرط أن ينفق منه على نفسه صح الوقف والشرط نص عليه أحمد قال الأثرم قيل لابي عبد الله اشترط في الوقف أن أنفق على نفسي وأهلي؟ قال نعم واحتج قال سمعت ابن عيينة عن ابن طاوس عن أبيه عن حجر المدري أن في صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأكل أهله منها بالمعروف غير المنكر قال القاضي يصح الوقف رواية واحدة لأن أحمد نص عليها في رواية جماعة وبذلك قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبو يوسف والزييري وابن شريح وقال مالك والشافعي ومحمد بن الحسن لا يصح الوقف لأنه إزالة الملك فلم يجز اشتراط نفقه لنفسه كالبيع والهبة وكما لو اعتق عبداً واشترط أن يخدمه ولأن ما ينفقه على نفسه مجهول فلم يصح اشتراطه كما لو باع شيئاً واشترط أن ينتفع به .

ولنا أن الخبر الذي ذكره الامام أحمد ولان عمر رضي الله عنه لما وقف قال لا بأس على من

اشتغل به دون من لم يشتغل ، فلو ترك المشتغل الاشتغال زال الاستحقاق ، وإذا عاد إليه عاد استحقاقه والله أعلم

(فصل) إذا جعل علو داره مسجداً دون سفلها أو سفلها دون علوها صح ، وقال أبو حنيفة لا يصح لأن المسجد يتبعه هواءه

ولنا أنه يصح بيعها كذلك يصح وقفه كالداو جيمها ولأنه تصرف يزيل الملك إلى من يثبت له حق الاستقرار والتصرف فجاز فينا ذكرنا كالبيع

(فصل) وإن جعل وسط داره مسجداً ولم يذكر الاستطراق صح ، وقال أبو حنيفة لا يصح حتى يذكر الاستطراق

ولنا أنه عقد يبيح الانتفاع من ضرورته الاستطراق فصح وإن لم يذكر الاستطراق كما لو أجزى بيتاً من داره

(فصل) إذا وقف على نفسه ثم على المساكين أو على ولده ففيه روايتان [إحداها] لا يصح فإنه قال في رواية أبي طالب وقد سئل عن هذا فقال لأعرف الوقف إلا ما أخرجه الله وفي سبيل الله فإذا وقفه عليه حتى يموت فلا عرفه . فعلى هذه الرواية يكون الوقف عليه باطلاً وهل يبطل الوقف على من بعده ؟ على وجهين بناء على الوقف المنقطع الابتداء وهذا مذهب الشافعي لأن الوقف تملك المراقبة

وليها أن يأكل منها أو يطعم صديقاً غير متمول منه وكان الوقف في يده إلى أن مات ولأنه إذا وقف وفقاً عاماً كالساجد والسقايات والمقابر كان له الانتفاع به وكذلك هنا ولا فرق بين أن يشترط لنفسه الانتفاع به مدة حياته أو مدة معلومة معينة وسواء قدر ما يأكل منه أو أطلقه فإن عمره لم يقدر ما يأكله الوالي ويطعم الأبقولة بالمعروف وفي حديث صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه شرط أن يأكل أهله منها بالمعروف غير المنكر إلا أنه إذا شرط أن ينتفع بها مدة معينة فمات فيها فينبغي أن يكون ذلك لورثته كما لو باع داراً واشترط أن يسكنها سنة فمات في اثنتائها

(فصل) ويصح أن يشترط أن يأكل منها أهله لأن النبي صلى الله عليه وسلم شرط ذلك في صدقته وإن شرط أن يأكل منه من وليه ويطعم صديقاً صح لأن عمر شرط ذلك في صدقته التي استأمر فيها رسول الله عليه وسلم فإن وليها الواقف كان له أن يأكل ويطعم صديقاً لأن عمر ولي صدقته وإن وليها أحد من أهله فله ذلك لأن حفصة بنت عمر كانت تلي صدقته بعد موته ثم وليها بعدها عبدالله بن عمر

(فصل) فإن اشترط أن يبيعه متى شاء أو يهبه أو يرجع فيه بطل الوقف والشرط لا نعلم في بطلان الشرط خلافاً لأنه ينافي مقتضى الوقف ويحتمل أن يبطل الشرط ويصح الوقف بناء على الشروط الفاسدة في البيع وإن شرط الخيار في الوقف فسد نص عليه أحمد وبه قال الشافعي وقال أبو يوسف في رواية عنه يصح لأن الوقف تملك المنافع فجاز شرط الخيار فيه كالأجارة

والمنفعة ولا يجوز أن يملك الانسان نفسه من نفسه كما لا يجوز أن يبيع نفسه مال نفسه ، ولأن الوقف على نفسه إنما حاصله منع نفسه التصرف في رقبة المالك فلم يصح ذلك كما لو أفرد به بأن يقول لا أبيع هذا ولا أهله ولا أورثه . وتتل جماعة أن الوقف صحيح اخذاره ابن أبي مومى . قال ابن عقيل وهي أصح وهو قول ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبي يوسف وابن شريح لما ذكرنا فيما إذا اشترط أن يرجع إليه شيء من منافعه ، ولأنه يصح أن يقف وقفا عاما فينتفع به كذلك إذا خص نفسه بانتفاعه والاول أقيس

(مسألة) قال (والباقي على من وقف عليه وأولاده الذكور والاناث من أولاد البنين بينهم بالسوية الا أن يكون الواقف فضل بعضهم)

في هذه المسئلة فصول أربعة (الاول) انه إذا وقف على قوم وأولادهم وعقبهم ونسبهم كان الوقف بين القوم وأولادهم ومن حدث من نسبهم على سبيل الاشتراك ان لم تقترن به قرينة تقتضي ترتيبا لأن الواو تقتضي الاشتراك فاذا اجتمعوا اشتركوا ولم يقدم بعضهم على بعض وبشارك الآخر الاول وان كان من البطن العاشر ، وإذا حدث حمل لم يشارك حتى ينفصل لانه محتمل أن لا يكون حملا فلا يثبت له حكم الولد قبل انفصاله

ولنا أنه شرط ينافي مقتضى المقدم فلم يصح كما لو شرط ان له يبعه متى شاء ولأنه إزالة ملك لله تعالى فلم يصح شرط الخيار فيه كالتق ولأنه ليس بعقد معاوضة فلم يصح اشتراط الخيار فيه كالهبة بخلاف الاجارة فانها عقد معاوضة وههنا لو ثبت الخيار ثبتت مع ثبوت حكم الوقف فاقتزى

(فصل) وان شرط في الوقف أن يخرج من شاء من أهل الوقف ويدخل من شاء من غيرهم لم يصح لانه شرط ينافي مقتضى الوقف فأفسده كما لو شرط أن لا ينتفع به فأما ان شرط للناظر ان يعطي من يشاء من أهل الوقف ويمنع من يشاء جاز لأن ذلك ليس باخراج للموقوف عليه من الوقف وإنما علق استحقاق الوقف بصفة فكأنه جعل له حقا في الوقف اذا اتصف بارادة الناظر عطيته ولم يجعل له حقا اذا انتفت تلك الصفة فيه فأشبهه مالو وقفه على المشتغلين بالعلم من ولده فانه يستحق منهم من اشتغل دون من لم يشتغل ففى ترك المشتغل الاشتغال زال استحقاقه فان عاد اليه عاد استحقاقه (فصل) إذا جعل علو داره مسجداً دون أسفلها أو أسفلها دون علوها صح وقال أبو حنيفة لا يصح

لأن المسجد يتبعه هواؤه

ولنا أنه يصح بيعها كذلك فصح وقفها كالدار جميعها ولأنه تصرف يزيل الملك إلى من ثبت له حق الاستقرار والتصرف فجاز فيها ذكرنا كالبيع

(فصل) فان جعل وسط داره مسجداً ولم يذكر الاستطراق صح وقال أبو حنيفة لا يصح حتى

يذكر الاستطراق

(فصل) فان قال وقفت على أولادي ثم على المساكين أو قل على ولدي ثم على المساكين أو على ولد فلان ثم على المساكين فقد روي عن أحمد ما يدل على أنه يكون وقفاً على أولاده وأولاد أولاده من الأولاد البنين ما لم تكن قرينة تصرف عن ذلك، قال المروذي: قلت لأبي عبد الله ما تقول في رجل وقف ضيعة على ولده فمات الأولاد وتركوا النسوة حوامل؟ فقال كل ما كان من أولاد القهر بنات كن أو بنين فالضيعة موقوفة عليهم وما كان من أولاد البنات فليس لهم فيه شيء، لأنهم من رجل آخر وقال أيضاً بنين وقف على ولد علي بن اسماعيل ولم يقل أن مات ولد علي بن اسماعيل دفع إلى ولد ولده فمات ولد علي بن اسماعيل: دفع إلى ولده أيضاً لأن هذا من ولد علي بن اسماعيل. ووجه ذلك أن الله تعالى قال (يوصيكم الله في أولادكم المذكور مثل حظ الانثيين) فدخل فيه ولد البنين وإن سفلوهم، ولما قال (ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد) فتناول ولد البنين وكذلك كل موضع ذكر الله تعالى الولد دخل فيه ولد البنين فالمطابق من كلام الآدمي إذا خلا عن قرينة ينبغي أن يعمل على المطلق من كلام الله تعالى ويفسر بما يفهم به، ولأن ولد ولده ولد له بدليل قول الله تعالى (يا بني آدم - و - يا بني إسرائيل) وقال النبي ﷺ «ارموا بني اسماعيل فإن أباكم كن رامين» وقال «نحن بنو النضر بن كنانة» والقبايل كلها تنسب إلى جدودها، ولأنه لو وقف على ولد فلان وهم قبيلة دخل فيه ولد البنين فكذلك إذا لم يكونوا قبيلة

ولما أنه نقد يبيح الاتفاع من ضروره الاستطراق فصح وإن لم يذكره كالأجر نيتاً من داره ﴿مسئلة﴾ (الثالث أن ينفق على معين يملك ولا يصح على مجهول كرجل ومسجد) لانه عليك أشبه البيع ولان الوقف تملك للمعين أو للمنفعة فلا يصح على غير معين كالاجارة ﴿مسئلة﴾ (ولا يصح على حيوان لا يملك كالعبد القن وأم الولد والمذبر والميت والحمل والملك والبهيمة والجن) قال أحمد فيمن وقف على مملوكه لا يصح الوقف حتى يعتقه وذلك لان الوقف تملك فلا يصح على من لا يملك فان قيل فقد جوزتم الوقف على المساجد والسفاريات وأشباهاها وهي لا تملك قلنا الوقف هناك على المسلمين الا أنه عين في تقع خاص لهم

فان قيل فينبغي أن يصح الوقف على الكنائس ويكون الوقف على أهل الذمة والوقف عليهم جائز قلنا على الجهة التي عين صرف الوقف فيها ليست نفقاً بل هي معصية محرمة يزدادون بها عقاباً وأما بخلاف المساجد

فان قيل فلم لا يصح الوقف على العبد اذا قلنا إنه يملك بالتملك؟ قلنا لان الوقف يقتضي تقييد الاصل والعبد لا يملك ملكاً لازماً ولا يصح على المكاتب وان كان يملك لان ملكه غير مستقر ﴿مسئلة﴾ (الرابع أن ينفق ناجزاً فاذا علقه على شرط لم يصح إلا أن يقول هو وقف بعد

وقال القاضي وأصحابه لا يدخل فيه ولد الولد بحال سواء في ذلك ولد البنين وولد البنات لان الولد حقيقة وعرفا إنما هو ولد له أصله وإنما يسمى ولد الولد لأنه آجاز أو لهذا يصح فيه فيقال ما هذا ولدي إنما هو ولد ولدي وإن قال على ولدي لصليبي فهو آكد وإن قال على ولدي وولد ولدي ثم على المسكين دخل فيه البطن الاول والثاني ولم يدخل فيه البطن الثالث وإن قال على ولدي وولد ولدي وولد ولدي دخل فيه ثلاث بطون دون من بعدم وموضع الخلاف المطلق فاما مع وجود دلالة تصرف الى أحد المحملين فإنه يصرف اليه بغير خلاف مثل أن يقول على ولد فلان وم قبيلة ليس فيهم ولد من صلبه فإنه يصرف الى أولاد الأولاد بغير خلاف وكذلك ان قال على أولادي أو ولدي وليس له ولد من صلبه أو قال وبفضل ولد الأكبر أو الاعلم على غيرهم أو قال فاذا خلت الارض من عقبي عاد الى المسكين أو قال على ولدي غير ولد البنات أو غير ولد فلان أو قال بفضل البطن الاعلى على الثاني أو قال الاعلى فالاعلى واشبه ذلك فهذا يصرف لفظه الى جميع نسله وعاقبه وإن اقترنت به قرينة تقتضي تخصيص أولاده أصله بالوقف مثل أن يقول على ولدي لصليبي أو القين بلوتي ونحو هذا فإنه يختص بالبطن الاول دون غيرهم وإذا قلنا بالتعميم فيهم إما لقرينة وإما لقولنا بان المطلق يقتضي التعميم ولم يكن في لفظه ما يقتضي تشريكاً ولا ترتيباً، احتمال أن يكون بينهم كاهم على التشريك لأنهم دخلوا في اللفظ دخولا واحداً فوجب أن يكون بينهم مشتركاً كما لو أقر لهم بدين ويحتمل أن يكون على الترتيب

موتي فيصح في قول الحرقي وعند أبي الخطاب لا يضح

لا يصح تعليق ابتداء الوقف على شرط في الحياة مثل أن يقول إذا جاء رأس الشهر فداري وقف أو فرسي حبيس أو إذا ولي ولد أو إذا قدم غائب ونحو ذلك ولا نعلم في هذا خلافاً لانه نقل للملك فيما لم يبين على التخليب والسراية فلم يجوز تعليقه على شرط في الحياة كالملة

(فصل) فأما إذا قال هو وقف بعد موتي فظاهر كلام الحرقي أنه يصح ويستبر من التثنية كسائر الوصايا وهو ظاهر كلام أحمد وقال القاضي لا يصح هذا لانه تعليق للوقف على شرط فلم يصح كالمعلقة على شرط في حياته وحل كلام الحرقي على أنه قال قفوا بعد موتي فتكون وصية بالوقف لا باقفاً

ولنا على صحة الوقف المعلق بالموت ما احتج به أحمد أن عمر أوصى فسكران في وصيته هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث أن يمما صدقة والعبد الذي فيه والسهم الذي بخير ورفيقه الذي فيه والمائة وسق الذي أطعمني محمد ﷺ تليه حفصة ما عاشت ثم يليه ذو الرأي من أهله لا يباع ولا يشتري بنفسه حيث يرى من السائل والمحروم وذوي القربى ولا حرج على من وليه إن أكل أو اشتري رقيقاً رواه أبو داود بنحو من هذا وهذا نص في مسئلتنا ووقفه هذا كان بأمر النبي ﷺ ولانه اشتهر في الصحابة ولم ينكر فسكران إجماعاً ولان هذا تبرع معلق بالموت فصح كالملة والصدقة المطلقة أو تقول صدقة معلقة بالموت فأشبهت غير الوقف وفارق هذا التعليق على شرط في الحياة

على حسب الترتيب في الميراث وهذا ظاهر كلام أحد لقوله فيمن وقف على ولد علي بن اسماعيل ولم يقل إن مات ولد علي بن اسماعيل دفع إلى ولد ولده فمات ولد علي بن اسماعيل وترك ولداً فقال إن مات بعض ولد علي بن اسماعيل دفع إلى ولده أيضاً لأن هذا من ولد علي بن اسماعيل فجعله لولده من مات من ولد علي بن اسماعيل عند موت أبيه وذلك أن ولد البنين لما دخلوا في قول الله تعالى (يرصيكم الله في أولادكم لذكر مثل حظ الأنثيين) لم يستحق ولد البنين شيئاً من وجود آبائهم واستحقوا عند تقدم كذاها هنا ، فأما ازوصى لولد فلان ومقبيلة فلا ترتيب فيه ويستحق الأعلى والأسفل على كل حال

(فصل) وان رتب فقال وقفت هذا على ولدي وولد ولدي مائة أسلوا وتعاقبوا الأعلى فالأعلى أو الأقرب فلا قرب أو الأول فالأول أو البطن الأول ثم البطن الثاني أو على أولادي ثم على أولاد أولادي أو على أولادي فان انقرضوا نقل أولاد أولادي فكل هذا على الترتيب فيكون على ما شرط ولا يستحق البطن الثاني شيئاً حتى ينقرض البطن كله ولو بقي واحد من البطن الأول كان الجميع له لأن الوقف ثبت بقوله فيتبع فيه مقتضى كلامه ، وان قل على أولادي وأولادهم ماتوا تعاقبوا وتناسلوا على أنه من مات منهم عن ولد كان ما كان جارياً عليه جارياً على ولده كان ذلك دليلاً على الترتيب لأنه لو اقتضى التشريك لاقتضى التسوية ، ولو جعلنا لولد الولد سهماً مثل سهم أبيه ثم دفعنا إليه سهم أبيه صار له سهمان وغيره سهم وهذا يناقض التسوية ولأنه يفضي إلى تفضيل ولد الابن على الابن والظاهر

بدليل الصدقة المطلقة أو الهبة وغيرها وذلك لأن هذا وصية والوصية أوسع من التصرف في الحياة بدليل جوازها بالمجهول والمعدوم والمحمل وغير ذلك وبهذا يبين فساد قياس من قاس على هذا الشرط بقية الشروط وسوى المتأخرون من أصحابنا بين تعليقه بالموت وتعليقه بشرط في الحياة ولا يصح لما ذكرنا من الفرق بينهما

(فصل) ولا يشترط القبول إلا أن يكون على آدمي معين ففيه وجهان أحدهما يشترط قان لم يقبل أورده بطل في حقه دون من بعده وصار كما لو وقف على من لا يجوز ثم على من يجوز بصرف في الحال إلى من بعده وجعله ذلك أن الوقف إذا كان على غير معين كالساكنين أو من لا يتصور منه القبول كالساجد والقناطر لم يفتقر إلى القبول وإن كان على آدمي معين ففيه وجهان أحدهما لا يشترط اختاره القاضي لأنه أحد نوعي الوقف فلم يشترطه القبول كالنوع الآخر ولأنه إزالة ملك تمنع البيع والهبة والميراث فلم يعتبر فيه قبول كالتنقي

والثاني يشترط لأنه تبرع لا آدمي معين فكان من شرطه القبول كالهبة والوصية يحققه أن الوصية إذا كانت لآدمي معين وقفت على قبوله وإن كانت لغير معين كالساكنين أو لسجد أو نحوه لم تفتقر إلى قبول كذا ها هنا والأول أولى والفرق بينه وبين الهبة والوصية أن الوقف لا يختص المعين بل يتعلق به حق من يأتي من البطون في المستقبل فيكون الوقف على جميعهم إلا أنه مرتب فصار بمنزلة الوقف

من ارادة الواقف خلاف هذا فاذا ثبت الترتيب فانه يترتب بين كل والد وولده فاذا مات عن ولد انتقل الى ولده سهمه ، واه بقي من البطن الاول احد او لم يبق

(فصل) وإن رتب بعضهم دون بعض فنال وقفت على ولدي وولدي ثم على أولادهم أو على أولادي ثم على أولاد أولادي وأولادهم ما ناسلوا وتماقبوا ، أو قل على أولادي وأولاد أولادي ثم على أولادهم وأولاد أولادهم ما ناسلوا فهو على ما قل يشترك من شرك بينهم بالوارثية المقتضية للجمع والتشريك وترتيب من رتبته بحرف الترتيب ، ففي المسئلة الاولى يشترك الولد وولد الولد ثم اذا انقرضوا صار لمن بعدهم ، وفي الثانية يختص به الولد فاذا انقرضوا صار مشتركا بين من بعدهم ، وفي الثالثة يشترك فيه البطنان الاولان دون غيرهم فاذا انقرضوا اشترك فيه من بعدهم

(فصل) وإن قال وقفت على أولادي ثم على أولاد أولادي على أنه من مات من أولادي عن ولد فنصيبه لولده أو فنصيبه لاخته أو لولد ولده أو لولد أخيه أو لاختاته أو لولد أخواته فهو على ما شرطه ، وإن قال من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده ومن مات منهم عن غير ولد فنصيبه لاهل الوقف وكان له ثلاثة بنين فمات أحدهم عن ابنين انتقل نصيبه اليهما ثم مات الثاني عن غير ولد فنصيبه لأخيه وابني أخيه بالسوية لانهم أهل الوقف ، ثم إن مات أحد ابني الابن عن غير ولد انتقل نصيبه

على الفقراء الذي لا يبطل برد واحد منهم ولا يقف على قبوله والوصية للمعين بخلافه وهذا مذهب الشافعي وإذا قلنا لا يقتصر على القبول لم يبطل بالرد كالتق وإن قلنا يقتصر على القبول فردده بطل في حقه دون من بعده وصار كالوقف المنقطع الابتداء يخرج في صحته في حق من سواه وبطلانه وجهان بناء على فريق الصنفين (فصل) إذا وقف على من لا يجوز ثم على من يجوز فهو وقف منقطع الابتداء كالوقف على عبده وأم ولده أو مجهول فإن لم يذكر له مالا فالوقف باطل وكذلك ان جعل له مالا لا يجوز الوقف عليه لانه أدخل بأحد شرطي الوقف بطل كما لو وقف مالا يجوز وقفه ، وإن جعل له مالا لا يجوز الوقف عليه كمن يقف على عبده ثم على المساكين ففي صحته وجهان بناء على فريق الصنفين ، وللشافعي قولان كالوجهين ، فاذا قلنا يصح وهو قول القاضي وكان من لا يجوز الوقف عليه لا يمكن اعتبار انقراضه كالميت والمجهول والكنايس صرف في الحال الى من يجوز الوقف عليه لا تبايننا نحن الوقف مع ذكر ما لا يجوز الوقف عليه فقد ألقينا لتعذر التصحيح مع اعتباره ، وإن كان من لا يجوز الوقف عليه يمكن اعتبار انقراضه كما مولده وعبد معين فكذلك ذكره أبو الخطاب وفيه وجه آخر أنه يصرف في الحال إلى مصرف الوقف المنقطع الى أن ينقرض من لا يجوز الوقف عليه فاذا انقرض صرف الى من يجوز ذكره القاضي وابن عيسى لان الواقف إنما جعله وقفاً على من يجوز بشرط انقراض هذا فلا يثبت بدونه ، ويفارق ما لا يمكن اعتبار انقراضه لتعذر اعتباره ولا صعب الشافعي وجهان كهذين

(فصل) فإن كان الوقف صحيح الطرفين منقطع الوسط كمن وقف على ولده ثم على عبيده ثم على

الى أخيه وعنه لانهما أهل الوقف ، ولو مات أحد البنين الثلاثة عن غير ولد وخلف أخويه وابني أخ له فنصيبه لأخويه دون ابني أخيه لانهما ليسا من أهل الوقف ، ادام أبوها حيا فاذا مات أبوها صار نصيبه لهما فاذا مات الثالث كان نصيبه لابني أخيه بالسوية إن لم يخلف ولداً وإن خلف ابناً واحداً فله نصيب أبيه وهو النصف ولا بني عمه النصف لكل واحد الربعم ، وإن قل من مات منهم عن غير ولد كان ما كان جارياً عليه جارياً على من هو في درجته فإن كان الواقف مرتباً بطا بعد بطن كان نصيب الميت عن غير ولد لأهل البطن الذي هو منه ، وإن كان مشركاً بين البطن كلها احتل أن يكون نصيبه بين أهل الوقف كلهم لانهم في استحقاق الوقف سواء فكانوا في درجته من هذه الجهة ولاننا لو صرفنا نصيبه الى بعضهم أفضي الى تفضيل بعضهم والتشريك يقتضي التسوية ، فعلى هذا يكون وجود هذا الشرط كعدمه لانه لو سكت عنه كان الحكم فيه كذلك ويحتمل أن يعود نصيبه الى سائر أهل البطن الذي هو منه لانهم في درجته في القرب الى الجد الذي يجمعهم ويستوي في ذلك أخوه وبنو عمه وبنو بني عم أبيه لانهم سواء في القرب ، ولاننا لو شركنا بين أهل الوقف كلهم في نصيبه لم يكن في هذا الشرط فائدة ، والظاهر أنه قصد شيئاً يفيد ، فعلى هذا ان لم يكن في درجته أحد بطل هذا الشرط وكان الحكم فيه كما لو لم يذكره ، وإن كان الوقف على البطن الأول على أنه من مات منهم عن ولد انتقل نصيبه الى ولده ، ومن مات عن غير ولد انتقل نصيبه الى من في درجته ففيه ثلاثة أوجه

المساكين خرج في صحة الوقف وجهان على ما نذكره في الوقف المنقطع الانتهاء ، ثم ينظر فيما لا يجوز الوقف عليه فإن لم يمكن اعتبار انقراضه ألغيناها اذا قلنا بالصحة وان أمكن اعتبار انقراضه فهل يعتبر أو يلقى ؟ على وجهين كما تقدم ، فإن كان منقطع الطرفين صحيح الوسط كن وقف على عبده ثم على اولاده ثم على الكنيسة خرج في صحته أيضاً وجهان ومصرفه بعد من يجوز الوقف عليه الى مصرف الوقف المنقطع (مسألة) (وان وقف على جهة تنقطع ولم يذكر له مالا أو وقف على من يجوز ثم على من لا يجوز أو قال وقتت وسكت انصرف بعد انقراض من يجوز الوقف عليه الى ورثة الواقف وفقاً عليهم في إحدى الروايتين ، والاخرى الى اقرب نصيبه وهل يختص به فقراءهم ؟ على وجهين ، وقال القاضي في موضع يكون وفقاً على المساكين)

وجملة ذلك أن الوقف الذي لا اختلاف في صحته عند الفائلين بصحة الوقف ما كان معلوم الابتداء والانتفاء غير منقطع مثل أن يجعل على المساكين أو طائفة لا يجوز بحكم العادة انقراضهم ، وان كان معلوم الانتفاء مثل أن يقف على قوم يجوز انقراضهم بحكم العادة ولم يجعل آخره للمساكين ولا جهة غير منقطعة فهو صحيح أيضاً وبه قال مالك وأبو يوسف والشافعي في أحد قوليه ، وقال محمد بن الحسن لا يصح وهو القول الثاني للشافعي لان الوقف مقتضاه التأييد فاذا كان منقطعاً صار وفقاً على مجهول فلم يصح كما لو وقف على مجهول في الابتداء

(المغنى والشرح الكبير) الوقف على الاولاد على ان من مات فنصيبه لولده واولاهل الوقف ٢٠٣

(أحدها) أن يكون نصيبه بين أهل الوقف كلهم يتساوون فيه سواء كان من بطن واحد أو من بطون وسواء تسارت أنصباؤهم في الوقف أو اختلفت لما ذكرنا من قبل

(والثاني) أن يكون لأهل بطنه سواء كانوا من أهل الوقف أو لم يكونوا مثل أن يكون البطن الاول ثلاثة فمات أحدهم عن ابن ثم مات الثاني عن ابنتين فمات أحد الابنتين وترك أخاه وعمه وابن عمه وابنا لعمه الحي فيكون نصيبه بين أخيه وابني عمه

(والثالث) أن يكون لأهل بطنه من أهل الوقف فيكون نصيبه على هذا لأخيه وابن عمه الذي مات أبوه ، فإن كان في درجته في النسب من ليس من أهل الاستحقاق بحال كرجل له أربعة بنين وقف على ثلاثة منهم على هذا الوجه المذكور وترك الرابع فمات أحد الثلاثة عن غير ولد لم يكن الرابع فيه شيء لانه ليس من أهل الاستحقاق فأشبه ابن عمهم

(فصل) وان وقف على بنيه وهم ثلاثة على ان من مات من فلان وفلان وأولادهم عن ولد فنصيبه لولده وان مات فلان فنصيبه لأهل الوقف فهو على ما شرط ، وكذلك أن كان له بنون وبنات فقال من مات من المذكور فنصيبه لولده ومن مات من البنات فنصيبها لأهل الوقف فهو على ما قال وإن قال على أولادي على أن يصرف الى البنات منه ألف والباقي للبنين لم يستحق البنون شيئا حتى تستوفي البنات الألف لانه جعل للبنات مسمى وجعل للبنين الأنازل عنه فكان الحكم فيه على ما قال

ولنا أنه تصرف معلوم المصروف فصح كما لو صرح بمصرفه المتصل ولان الإطلاق إذا كان له عرف حمل عليه كنفقة البلد وعرف المصروف هنا أولى الجهات به فكأنه عينهم. إذا ثبت هذا فإنه يصرف عند انقراض الموقوف عليهم الى أقارب الواقف وبه قال الشافعي إلا أنه قال يكون وقفا على أقرب الناس الى الواقف الذكر والانثى فيه سواء ، وعن أحمد أنه يصرف الى المساكين اختاره القاضي والشريف أبو جعفر لانهم مصرف الصدقات وحقوق الله تعالى من الكفارات ونحوها فإذا وجدت صدقة غير معينة الصرف انصرفت اليهم كمالوا نذر صدقة مطلقة ، وعن أحمد رواية ثالثة انه يجعل في بيت مال المسلمين لانه مال لا مستحق له فأشبهه مال من لا وارث له وقال أبو يوسف يرجع الى الواقف وإلى ورثته الا أن يقول صدقة موقوفة ينفق منها على فلان وفلان فإذا انقضى المسمى كانت على الفقراء والمساكين لانه جعلها صدقة على مسمى فلا تكون على غيره ، ويفارق ما إذا كان ينفق منها على فلان وفلان فإنه جعل الصدقة مطلقة .

ولنا أنه أزال ملكه لله تعالى فلم يحجز أن يرجع اليه كما لو أعتق عبداً ، والدليل على صرفه الى أقارب الواقف أنهم أولى الناس بصدقته لقول النبي ﷺ «صدقتك على غير ذي رحمك صدقة وصدقتك على ذي رحمك صدقة وصلة» وقال «انك ان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم طالة يتكففون الناس» ولانهم أولى الناس بصدقاته التوافل والمفروضات فكذلك صدقته المنقولة ، إذا ثبت هذا فإنه يكون

فجعل البنات كذوي الفروض الذين سمي الله لهم فرضاً وجعل البنين كالمصبات الذين لا يستحقون الا ما فضل عن ذوي الفروض

(فصل) فان كان له ثلاثة بنين فقال وقفت على ولدي فلان وفلان وعلى ولد ولدي كان الوقف على الابنين المسلمين وعلى اولادهما وأرلاد الثالث وليس لثالث شيء ، وقال القاضي يدخل الثالث في الوقف وذكر أن أحمد قال في رجل قال وقفت هذه الضيعة على ولدي فلان وفلان وعلى ولد ولدي وله ولد غير هؤلاء قال يشتركون في الوقف ، واحتج القاضي بان قوله ولدي يستغرق الجنس فيعم الجميع وقوله فلان وفلان تأكيده لبعضهم فلا يوجب اخراج بقيةهم كالمطوف في قوله (من كان عدواً لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال)

ولنا أنه أبطل بعض الولد من اللفظ المتناول للجميع فاخص بالبعض المبدل كما لو قال على ولدي فلان وذلك لان بدل البعض يوجب اختصاص الحكم به كقول الله تعالى (والله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلاً) لما خص المستطيع بالذكر اخص الوجوب به ولو قال ضربت زيداً رأسه ورأيت زيداً وجهه اخص الضرب بالرأس والرؤية بالوجه ومنه قول الله تعالى (ويجعل الخبيث بعضه على بعض) وقول القائل طرحت اثياب بعضها فوق بعض فان الفوقية تختص بالبعض مع عموم اللفظ الاول كذا ههنا ، وفارق العطف فان عطف الخاص على العام يقتضي تأكيده لا تخصيصه وقول أحمد

للفقراء منهم والاعنياء في احدى الروايتين عن أحمد وهو ظاهر كلام الحرقى لان الوقف لا يختص بالفقراء ولانه لو وقف على اولاده تناول الاعنياء والفقراء كذا ههنا وفيه وجه آخر أنه يختص بالفقراء منهم لانهم أهل الصدقات دون الاعنياء ولاننا خصصنا الاقارب بالوقف لكونهم أولى الناس بالصدقة وأولى الناس بالصدقة الفقراء دون الاعنياء ، واختافت الرواية فيمن يستحق الوقف من أقرباء الواقف ففي احدى الروايتين يختص بالورثة منهم لانهم الذين صرف الله اليهم ماله بعد موته واستغنائه عنه فكذلك يصرف اليهم من ماله ما لم يذكر له مصرفاً ، فعلى هذا يكون بينهم على حسب ميراثهم ويكون وفقاً عليهم نص عليه أحمد وذكره القاضي لان الوقف يقتضي التأيد ، وإما صرفناه الى هؤلاء لانهم أحق الناس بصدقته فيصرف اليهم مع بقائه صدقة ويحتمل أن يصرف اليهم على سبيل الارث على ما ذكره الحرقى ويطل الوقف فيه كقول أبي يوسف والرواية الثانية يكون وفقاً على أقرب غيبة الواقف دون بقية الوراث ودون البعيد من المصبات فيقدم الاقرب فالأقرب على حسب استحقاقهم لولاء الموالي لانهم خصوا بالعقل عنه وميراث مواليه فخصوا بهذا أيضاً ، قال شيخنا وهذا لا يقوى عندي فان استحقاقهم لهذا دون غيرهم من الناس لا يكون إلا بدليل من نص أو إجماع ولا نعلم فيه نصاً ولا إجماعاً ولا يصح قياسه على ميراث ولأولاد لان علته لا تتحقق ههنا ، وأقرب الاقوال فيه صرفه الى المساكين لانهم مصارف مال الله وحقوقه فان كان في أقارب الواقف مساكين كانوا أولى

شركاء، يحتمل أن يعود إلى أولاد أولاده أي يشترك أولاد الموقوف عليها وأولاد غيرهم لعدم لفظ الواقف فيهم ويتعين حل كلامه عليه لقيام الدلائل عليه، ولو قال على ولدي فلان وفلان ثم على المساكين خرج فيه من الخلاف مثل ما ذكرنا ويحتمل أن يدخل في الوقف ولد ولده لأننا قد ذكرنا من قبل أن ظاهر كلام أحمد أن قوله وقفت على ولدي يتناول نسله وعاقبته كلها

(فصل) ومن وقف على أولاده أو أولاد غيره وفيهم حل لم يستحق شيئاً قبل انفصاله لانه لم تثبت له أحكام الدنيا قبل انفصاله قال أحمد في رواية جعفر بن محمد فيمن وقف فخلأ على قوم وماتوا والدوام ولد مولود فإن كانت النخل قد أبرت فليس له فيه شيء وهو الأول وإن لم تكن قد أبرت فهو معهم وإنما قال ذلك لأنها قبل التأبير تنبع الأصل في البيم وهذا الموجود يستحق نصيبه من الأصل فيتبعه حصته من الثمرة كما لو اشترى ذلك النصيب من الأصل وبعد التأبير لا تتبع الأصل ويستحقها من كان له الأصل فكانت للأول لأن الأصل كان كله له فاستحق ثمرته كالأول باع هذا النصيب منها ولم يستحق المولود منها شيئاً كالشترى وهكذا الحكم في سائر عمر الشجر الظاهر فإن المولود لا يستحق منه شيئاً ويستحق بما ظهر بعد ولادته، وإن كان الوقف أرضاً فيها زرع يستحقه البائتم فهو للأول وإن كان مما يستحقه المشتري فله مولود حصته منه لأن المولود يتجدد استحقاقه للأصل كتجدد ملك المشتري فيه

به لا على سبيل الوجوب كما أنهم أولى بزكاته وصلاته من جواز الصرف إلى غيرهم ولأننا إذا صرفناه إلى أقاربه على سبيل التمين فهي أيضاً جهة منقطعة فلا يتحقق اتصاله إلا بصرفه إلى المساكين فإن لم يكن للواقف أقارب أو كان له أقارب فأنقضوا صرف إلى الفقراء أو المساكين وقتنا عليهم لأن القصد به اثواب الجاري عليه على وجه الدوام، وإنما قدمنا الأقارب على المساكين لكونهم أولى فإذا لم يكونوا فالمساكين أهل لذلك فصرف إليهم إلا على قول من قال أنه يصرف إلى ورثة الواقف ملكاً لهم فإنه يصرف عند تدممهم إلى بيت المال لانه بطل الوقف فيه بانقطاعه فصار ميراثاً لا وارث له فكان بيت المال أولى به

(فصل) وإن وقف على من يجوز ثم على من لا يجوز كن وقف على أولاده ثم على البيع صح لوقف أيضاً ويرجع بعد انقراض من يجوز الوقف عليه إلى من يصرف إليه الوقف المنقطع كالمسئلة بلها لأن ذكر من لا يجوز الوقف عليه وعدمه واحد ويحتمل أن لا يصح الوقف لانه جمع بين يجوز وما لا يجوز فأشبهه تفريق الصفقة

(فصل) فإن قال وقفت هذا وسكت أو قال صدقة موقوفة ولم يذكر سبيله فلا نص فيه وقال ن حامد يصح الوقف قال القاضي هو قياس قول أحمد فإنه قال في النذر المطلق يتعقد موجباً لكفاية بين وهو قول مالك والشافعي في أحد قوليه لانه إزالة ملك على وجه القرية فوجب أن يصح

٢٠٦ الوقف على الاولاد وأعقابهم ونسلهم ومن يدخل في ذلك (اللفظ والشرح الكبير)

(الفصل الثاني) اذا وقف على قوم وأرلادهم وعاقبتهم ونسلهم دخل في الوقف ولد البنين بغير خلاف فعليه فاما ولد البنات فقال الحنفي لا يدخلون فيه وقد قال أحمد فيمن وقف على ولده ما كان من ولد البنات فليس لهم فيه شيء، فهذا النص يحتمل أن يعدى الى هذه المسئلة ويحتمل أن يكون مقصوراً على من وقف على ولده ولم يذكر ولد ولده وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم، وعن قال لا يدخل ولد البنات في الوقف الذي على أولاده وأولاد أولاده مالك ومحمد بن الحسن وهكذا إذا قال على ذريتهم ونسلهم وقال أبو بكر وعبد الله بن حامد يدخل فيه ولد البنات وهو مذهب الشافعي وأبي يوسف لأن البنات أولاده فأولادهن أولاد حقيقة فيجب أن يدخلوا في الوقف لتناول اللفظ لهم، وقد دل على صحة هذا قول الله تعالى (ونوحاً هدينا من قبل ومن ذرية داود وسليمان - الى قوله - وعيسى) وهو من ولد بنته فجعله من ذريته وكذلك ذكر الله تعالى قصة عيسى وإبراهيم وموسى وإسماعيل وإدريس ثم قال (أولئك الذين أنعم الله عليهم من النبيين من ذرية آدم وعن حملنا مع نوح ومن ذرية إبراهيم وإسرائيل) وعيسى معهم وقال النبي ﷺ «ان ابني هذا سيد» وهو ولد بنته ولما قال الله تعالى (وحلائل أبنائكم) دخل في التحريم حلائل أبناء البنات ولما حرم الله تعالى البنات دخل في التحريم بناتهن

ووجه قول الحنفي ان الله تعالى قل (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) فدخل فيه

مطلقاً كالأضحية والوصية، ولو قال وصيت بثالث مالي صح وإذا صح صرف الى مصارف الوقف المنقطع عند انقراض الموقوف عليه كما ذكرنا

(مسئلة) (وان قال وقفت دارى سنة أو الى يوم يقدم الحاج لم يصح في أحد الوجهين) لأن مقتضى الوقف التأيد وهذا ينافيه (والوجه الآخر) يصح لأنه منقطع الانتهاء فهو كما لو وقف على منقطع الانتهاء فإن قلنا يصح فهو كمنقطع الانتهاء يصرف الى مصارف الوقف المنقطع الانتهاء (فصل) فإن قال هذا وقف على ولدي سنة ثم على المساكين صح وكذلك ان قال وقف على ولدي مدة حياتي ثم هو بعد موتي للمساكين صح لأنه وقف متصل الابتداء والانتهاء، وان قال وقف على المساكين ثم على أولادى صح ويكون وقفاً على المساكين ويلتزم قوله على أولادى لأن المساكين لا انقرض لهم

(مسئلة) (ولا يشترط اخراج الوقف عن يده في إحدى الروايتين)

ظاهر المذهب أن الوقف يزول به ملك الواقف ويلزم بمجرد اللفظ لأن الوقف يحصل به وعن أحد أنه لا يلزم الا بالقبض واخراج الوقف عن يده فانه قال الوقف المعروف أن يخرج من يده الى غيره يوكل فيه من يقوم به اختياره ابن أبي موسى وهو قول محمد بن الحسن لأنه تبرع بما لم يخرج من يده عن المالية فلم يلزمه بمجرد كاهبة والوصية

ولد البنين دون ولد البنات وهكذا كل موضع ذكر فيه الولد في الأثر والمحجب دخل فيه ولد البنين دون ولد البنات ولأنه لو وقف على ولد رجل وقد صاروا قبيلة دخل فيه ولد البنين دون ولد البنات بالاتفاق وكذلك قبل أن يصيروا قبيلة ولأنه لو وقف على ولد العباس في عصرنا لم يدخل فيه ولد بناته فكذلك إذا وقف عليهم في حياته ولأن ولد البنات منسوبون إلى آبائهم دون أمهاتهم قال الشاعر :

بنونا بنو آبائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأبعاد

وقولهم أنهم أولاد أولاد حقيقة قلنا إلا أنهم لا ينسبون إلى الواقف عرفاً ولذلك لو قال أولاد أولادي المنتسبين إلي لم يدخل هؤلاء في الوقف ولأن ولد الماشية من غير الماشية ليس بهاشمي ولا ينسب إلى أبيها، أما عيسى عليه السلام فلم يكن له أب ينسب إليه فنسب إلى أمه لعدم أبيه ولذلك يقال عيسى بن مريم وغيره إنما ينسب إليه كبحي بن زكريا وقول النبي ﷺ «إن ابني هذا سيد» فحوز بغير خلاف بدليل قول الله تعالى (ما كان محمد أباً أحد من رجالكم) وهذا الخلاف فيما إذا لم يوجد ما يدل على تعيين أحد الأمرين. فأما إن وجد ما يصرف اللفظ إلى أحدهما انصرف إليه ولو قال على أولادي وأولاد أولادي على أن لولد البنات سهماً ولولد البنين سهمين أو فإذا خلت الأرض ممن يرجع نسبه إلي من قبل أب أو أم كان للمساكين أو كان البطن الأول من أولاده الموقوف عليهم كلهم بنات وأشباه هذا ما يدل على إرادة ولد البنات بالوقف دخوله في الوقف، وإن قال على أولادي وأولاد

ولنا ما روينا من حديث عمر ولأنه تبرع بمنع البيع والهبة والميراث فيلزم بمجرده كالتق، ويفارق الهبة فإنها تملك مطلق والوقف تخيس الأصل وتسبيل المنفعة فهو بالتق أشبهه والحال به أولى .

(فصل) قال رضي الله عنه (ويعلم الموقوف عليه الوقف وعنه لا يملكه)

ظاهر المذهب أن الملك ينتقل في الموقوف إلى الموقوف عليه قال أحمد إذا وقف داره على ولد أخيه صارت لهم وهذا يدل على أنهم مملوكوه وروي عن أحمد أنه لا يملك فإن جماعة نقلوا عنه فيمن وقف على ورثته في مرضه يجوز لأنه لا يباع ولا يورث ولا يصير مملوكاً للورثة وإنما ينتفعون بثمنها وهذا يدل بظاهره على أنهم لا يملكون، ويحتمل أن يريد بقوله لا يملكون أي لا يملكون التصرف في الرقبة فإن فائدة الملك وآثاره ثابتة في الوقف وعن الشافعي من الاختلاف نحو ما حكينا، وقال أبو حنيفة لا ينتقل الملك في الوقف إلا بغير حق الله تعالى لأنه إزالة ملك عن العين والمنفعة على وجه القرية بتمليك المنفعة فانتقل إلى الله تعالى كالتق

ولنا أنه سبب يزيل ملك الواقف وجهه إلى من يصح تملكه على وجه لم يخرج المال عن ماله فوجب أن ينتقل الملك إليه كالهبة والبيع ولأنه لو كان تملك المنفعة المجردة لم يلزم كالعارية والسكنى ولم يزل ملك الواقف عنه كالعارية، ويفارق التق فإنه أخرجه عن المالية وامتاع التصرف في الرقبة لا يمنع الملك كالميراث

أولادي المنتسبين الي أو غير ذوي الارحام أو نحو ذلك لم يدخل فيه ولد البنات، وإن قال على ولدي فلان وفلانة وفلانة وأولادهم دخل فيه ولد البنات، وكذلك لو قال على أنه من مات منهم عن ولد فخصيه لولده، وإن قال الهاشمي وقفت على أولادي وأولاد أولادي الهاشميين لم يدخل في الوقف من أولاد بناته من كان غير هاشمي، فالأمن كان هاشمياً من غير أولاد بنيه فهل يدخلون؟ على وجهين (أولاهما) أنهم يدخلون لأنهم اجتمع فيهم الصفتان جميعاً كونهم من أولاد أولاد وكونهم هاشميين (والثاني) لا يدخلون لأنهم لم يدخلوا في مطلق أولاد أولاده فاشبه ما لو لم يقل الهاشميين وإن قال على أولادي وأولاد أولادي ممن ينسب الى قبيلتي فكذلك

(الفصل الثالث) انه إذا وقف على أولاد رجل وأولاد أولاده استوى فيه الذكر والانثى لأنه تشريك بينهم وإطلاق التشريك يقتضي التسوية كما لو أقر لهم بشيء وكوّل الام في الميراث حين شرك الله تعالى بينهم فيه فقال (فهم شركاء في الثلث) نسأروا فيه ولم يفضل بعضهم على بعض وإيس كذلك في ميراث ولد الابوين وولد الاب فان الله تعالى قال (فإن كانوا إخوة رجالاً ونساءً فللذكر مثل حظ الأنثيين) ولا أعلم في هذا خلافاً

(الفصل الرابع) أنه إذا فضل بعضهم على بعض فهو على ما قال فلو قال وقفت على أولادي وأولاد أولادي على أن لذكر سهمين والانثى سهماً أو لذكر مثل حظ الانثيين أو على حسب ميراثهم

﴿مسئلة﴾ (ويعلى صوفه ولبنه وممرته وقعه) لانه نماء ملكه ولا يعلم في ذلك خلافاً

﴿مسئلة﴾ (وليس له وطء الجارية فان فعل فلاحد عليه ولا مهر)

لا يجوز للموقوف عليه وطء الامة الموقوفة لانا لانأمن حبلها فتتقص أو تتلف أو تخرج من الوقف يكونها أم ولد ولان ملكه ناقص فان وطئ فلاحد عليه للشبهة ولا مهر عليه لانه لو وجب لوجب له ولايجب للانسان شيء على نفسه

﴿مسئلة﴾ (وان ولدت فالولد حر)

لانه من وطء شبهه وعليه قيمته يوم الوضع يشتري به عبيد مكانه لانه فوت رقه وتصير أم ولد له لانه أحبلها بحر في ملكه فإذا مات عتقت وتجب قيمتها في تركته لانه أتأفها على من بعده من البطون فيشتري بها جارية تكون وقفاً مكانها، وإن قلنا لا يملكها الموقوف عليه لم نصراًم ولدله بذلك لانها أجنبية ﴿مسئلة﴾ (فان أعتقها لم ينفذ عتقه)

لانه يتعاق به حق غيره ولان الوقف لازم فلا يمكن من إبطاله فان كان نصف العبد وقفاً ونصفه طلقاً فاعتق صاحب الطلق لم يسر عتقه الى الوقف لانه إذا لم يمتق بالمباشرة فالسراية أولى

﴿مسئلة﴾ (وان وطئها أجنبي بشبهة فالولد حر)

أو على حسب فرائضهم أو بالعكس من هذا أو على أن الكبير ضعف ما للصغير أو للعالم ضعف ما للجاهل أو للعائل ضعف ما للفني أو عكس ذلك أو عين بالتفضيل واحداً معيناً أو ولده أو ما أشبه هذا فهو على ما قال لأن ابتداء الوقف مفوض إليه فكذلك تفضيله وترتيبه، وكذلك ان شرط اخراج بعضهم بصفة ورده بصفة مثل ان يقول من تزوج منهم فله ومن فارق فلا شيء له أو عكس ذلك أو من حفظ القرآن فله ومن نسيه فلا شيء له ومن اشتغل بالعلم فله ومن ترك فلا شيء له أو من كان على مذهب كذا فله ومن خرج منه فلا شيء له فكل هذا صحيح على ما شرطه، وقد روى هشام بن عروة أن الزبير جعل دوره صدقة على بنيه لاتباع ولا توهب وإن الردودة من بناته أن تسكن غير مضررة ولا مضربها فإن استغنت بزواج فلا حق لها في الوقف وليس هذا تعاقباً للوقف بصفة بل الوقف مطلق والاستحقاق له بصفة وكل هذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافاً

(فصل) والمستحب أن يقسم الوقف على أولاده على حسب قسمة الله تعالى الميراث بينهم لذكر مثل حظ الأنثيين . وقال القاضي : المستحب التسوية بين الذكر والأنثى لأن القصد القرابة على وجه الدوام وقد استروا في القرابة

لاعتقاده أنه يطاق في ملكه وإن كان الواطيء عبداً وعليه المهر لاهل الوقف لانه وطيء جاريتهم في غير ملك أشبه الامة المطلقة، وتجب قيمته لانه كان من سبيله أن يكون مملوكاً فتمتع اعتقاده الحرية من الرق فوجبت قيمته يشترى بها عبداً يكون وقفاً وتعتبر قيمته يوم ترضه حياً لانه لا يمكن تقويمه قبل ذلك وإن وطئها مكرهه أو طأوعته فعليه الحد إذا انتفت اشبهة والمهر لاهل الوقف لانه وطيء جارية غيره ويكون ولدها وقفاً معها لانه تبع لها

﴿مسئلة﴾ (وان تلفت فعليه قيمتها يشترى بها مثلها)

سواء أتلها أجنبي أو الواقف كما لو أتلها غير الوقف، وإن أتلها الموقوف عليه فعليه قيمته أيضاً يشترى بها مثله يقوم مقامه لانه لا يملك التصرف في رقبته إعماله نفعه ويحتمل أن يملك الموقوف عليه قيمة الولد فيما إذا وطئها أجنبي بشبهة فأنت بولد ولا يلزمه قيمته إن أولدها لذلك

﴿مسئلة﴾ (وله تزويج الامة وأخذ مهرها وولدها وقف معها ويحتمل أن يملكه)

يجوز للموقوف عليه تزويج الامة الموقوفة لانه عقد على منفعتها أشبه الاجارة ولان الموقوف عليه لا يملك استيفاء هذه المنفعة فلا يتضرر بتمايك غيره إياها والمهر للموقوف عليه لانه بدل نفعها أشبه الاجارة، ويحتمل أن لا يجوز تزويجها لانه عقد على منفعتها في العمر فيفضى إلى نفوت منفعتها في حق البطن الثاني، ولان التكاح يتعلق به حقوق من وجوب تمكين الزوج من استمتاعها ومبيتها عنده فتفوت خدمتها في الليل على البطن الثاني فإن طلبت التزويج وجب تزويجها لانه حق لها طلبته فعينت

ولنا أنه إيصال المال إليهم فينبغي أن يكون بينهم على حسب الميراث كالعطية ولأن الذكر في مظنة الحاجة أكثر من الأنثى لأن كل واحد منهما في العادة يتزوج ويكون له الولد فالذكر نجب عليه نفقة امرأته وأولاده والمرأة تنفق عليها زوجها ولا يلزمها نفقة أولادها، وقد فضل الله الذكر على الأنثى في الميراث على وفق هذا المعنى فيصح تعديله به ويتعدى إلى الوقف وإلى غيره من العطايا والعصبات وما ذكره القاضي لا أصل له وهو ملغى بالميراث والعطية، فإن خالف فسوى بين الذكر والأنثى أو فضلها عليه أو فضل بعض البنين أو بعض البنات على بعض أو خص بعضهم بالوقف دون بعض فقال أحمد في رواية محمد بن الحكم: إن كان على طريق الأثرة فأكرهه وإن كان على أن بعضهم له عيال وبه حاجة يعني فلا بأس به. وبره ذلك أن الزبير خص المردودة من بناته دون المستغنية منهن بصدقته، وعلى قياس قول أحمد لو خص المشتغلين بالعلم من أولاده بوقفه تجر بضاهم على طلب العلم أو ذا الدين دون الفساق أو المريض أو من له فضل من أجل فضيلته فلا بأس. وقد دل على صحة هذا أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه نجل عائشة جذاذ عشرين وسقاً دون سائر ولده، وحديث عمر أنه كتب: بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما أوصى به عبد الله أمير المؤمنين أن يحدث به حدث أن ثمناً وصرة بن الأكوع والعبد الذي فيه والمائة سهم التي بخير ورقية الذي فيه الذي أطعمه محمد ﷺ بالوادتلية حفصة ما عاشت ثم يليه ذو الرامي من أهلها أن لا يباع ولا يشتري ينفعه حيث رأى من السائل والمحروم وذوي القربى لا حرج على من وليه إن أكل أو آكل أو اشتري رقيقاً منه. رواه أبو داود وفيه دليل على تخصيص حفصة دون إخوتها وأخواتها

الاجابة اليه وماقات من الحق به يفوت تباً لابقائها حقها فلا يكون مانعاً من تزويجها كغير الموقوفة اذا طلبت ذلك واذا زوجها فولدت من الزوج فولدها وقف معها لان ولد كل ذات رحم حكمه حكمها كأم الولد والمسكوبة ويحتمل أن يملك الموقوف عليه ولدها لانه من ثمنائها

﴿مسئلة﴾ (وان جنى الوقف خطأ فالأرض على الموقوف عليه ويحتمل أن يكون في كسبه)

اذا جنى الوقف جناية موجبة للمال لم يتعلق أرضها برقبته لانه لا يمكن بيعها ويجب أرضها على الموقوف عليه لانه ملكه تعذر تعلق أرضه برقبته فكان على مالكه كجناية أم الولد ولا يلزمه أكثر من قيمته كأم الولد، فان قلنا إن الوقف لا يملك فالأرض في كسبه لانه تعذر تعلقه برقبته لكونها لا تباع وبالموقوف عليه لانه لا يملكه فكان في كسبه كالحر، ويحتمل أن يكون في بيت المال كإرض جناية الحر المعسر. قال شيخنا: وهذا احتمال ضعيف فان الجناية انما تكون في بيت المال في صورة تحملها العاقلة عند عدها وجناية العبد لا تحملها العاقلة، وإن كان الوقف على المساكين فينبغي أن يكون الأرض في كسبه لانه ليس له مستحق معين يمكن إيجاب الأرض عليه ولا يمكن تعلقه برقبته فتعين في كسبه، ويحتمل أن يكون في بيت المال، وإن جنى جناية توجب الفصاص وجب سواء كانت على الموقوف عليه أو على

﴿ مسألة ﴾ قل (فإذا لم يبق منهم أحد رجع إلى المساكين)

يعني إذا وقف على قوم ونسبهم ثم على المساكين فأنقض القوم ونسبهم فلم يبق منهم أحد رجع إلى المساكين ولم ينتقل إليهم ما دام أحد من القوم أو من نسبهم باقياً لأنه رتبة للمساكين بعدهم ، والمساكين الذين يستحقون السهم من الزكاة ، والفقراء يدخلون فيهم وكذلك لفظ الفقراء يدخل فيه المساكين لأن كل واحد من اللفظين يطلق عليهما ، والمغني الذي يسميان به شال لها وهو الحاجة والفاقة ولهذا لما سمي الله عز وجل المساكين في مصحف كفاة المؤمنين وكفاة الفقراء وقدية الأذى تناولهما جميعاً وجاز الصرف إلى كل واحد منهما ، ولما ذكر الفقراء في قوله (الفقراء الذين أحصروا في سبيل الله) وفي قوله (وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم) تناول القسمين ، وكل وضع ذكر فيه أحد اللفظين تناول القسمين إلا في الصدقات لأن الله تعالى جمع بين الاسمين وميز بين المسميين فاحتجنا إلى التمييز بينهما ، وفي غير الصدقات يستحق الكل بكل واحد من الاسمين فإن جمع بين الاسمين ، بالوقف أيضاً فقال وقفت هذا على الفقراء والمساكين نصفين أو ثلاثاً وجب التمييز بينهما أيضاً فنزلناهما منزاتهما من سهام الصدقات ، وإن قال على الفقراء والمساكين قياسي المذهب جواز الاختصاص على أحد الصنفين وإباحة الدفع إلى واحد كما قلنا في الزكاة ، ويتخرج أن لا يجوز الدفع إلى أقل من ثلاثة من كل صنف بناء على

غيره ، فإن قتل بطل الوقف فيه وإن قطع كان باقيه وفقاً كما لو تلف بفعل الله تعالى

(فصل) وإن جني على الوقف جناية موجبة للعالم وجب لأن ماليته لم تبطل ولو بطلت ماليته لم يبطل ارش الجناية عليه فإن الحر يجب ارش الجناية عليه فإن قتل وجبت قيمته وليس للموقوف عليه العفو عنها لأنه لا يختص بها ويشتري مثل المجني عليه يكون وثقاً ، وقال بعض الشافعية يختص الموقوف عليه بالقيمة إن قلنا أنه يملك الموقوف لأنها بدل ملكه

وننا أنه ملك لا يختص به فلم يختص بدله كالعبد المشترك والمرهون ، ويان عدم الاختصاص ظاهر فإنه يتعلق به حق البطن الثاني فلم يجوز إبطاله ولا نعلم قدر ما يستحق هذا منه فيعفو عنه فلم يصح العفو عن شيء منه كما لو أتلف رجل رهناً أخذت منه قيمته فجعلت رهناً ولم يصح عفو واحد منهما عنه ، وإن كانت الجناية عمداً محضاً من مكافئ له فالظاهر أنه لا يجب القصاص لأنه محل لا يختص الموقوف عليه فلم يجوز أن يقتص من قاتله كالعبد المشترك ، وقال بعض أصحاب الشافعية يكون ذلك إلى الإمام فإن قطعت يد العبد أو بعض أطرافه فله استيفاء القصاص لأنه حق لا يشاركه فيه غيره ، وإن كان القطع لا يوجب القصاص أو يوجب فمعا عنه وجب نصف قيمته ، فإن أمكن أن يشتري بها عبد كامل وإلا اشتري شقص من عبيد

﴿ مسألة ﴾ (وإذا وقف على ثلاثة ثم على المساكين فمن مات منهم رجع نصيبه إلى الآخرين فإذا ماتوا رجع إلى المساكين) لأنه جملة لهم بشرطاً بانقراض الثلاثة فوجب اتباع شرطه في ذلك

٢١٢ الوقف على سبيل الله أو ابن السبيل أو الرقاب أو الغارمين (المغني والشرح الكبير)

القول في الزكاة أيضا . ولا خلاف في أنه لا يجب تميمهم بالعطية كما لا يجب استيعابهم بالزكاة ولا في أنه يجوز التفضيل بين من يعطيه منهم سواء كانوا ذكورا أو إناثا أو كان الوقف ابتداء أو انتقل إليهم عن غيرهم ، وضابط هذا أنه متى كان الوقف على من يمكن حصرهم واستيعابهم والتسوية بينهم وجب استيعابهم والتسوية بينهم إذا لم يفضل الواقف بعضهم على بعض ، فإن وقف على من لا يمكن حصرهم كالمساكين أو قبيلة كبيرة كبنو تميم وبني هاشم جاز الدفع إلى واحد وإلى أكثر منه وجاز التفضيل والتسوية لأن وقفه عليهم مع علمه بتعذر استيعابهم دليل على أنه لم يردده ومن جاز حرمانه جاز تفضيل غيره عليه ، فإن كان الوقف في ابتدائه على من يمكن استيعابه فصار ممن لا يمكن استيعابه كرجل وقف على ولده وولد ولده فصاروا قبيلة كبيرة تخرج عن الحصر مثل أن يقف على رضي الله عنه على ولده ونسله فإنه يجب تميم من أمكن منهم والتسوية بينهم لأن التعميم كان واجبا وكذلك التسوية فإذا تعذر وجب منه ما أمكن كالواجب الذي يعجز عن بعضه ولأن الواقف أراد التعميم والتسوية لامكانه وصلاحي لفظه لذلك فيجب العمل بما أمكن منه بخلاف ما إذا كانوا حال الوقف مما لا يمكن ذلك فيهم

(فصل) وإن وقف على سبيل الله أو ابن السبيل أو الرقاب أو الغارمين فهم الذين يستحقون السهم من الصدقات لا يعدوم إلى غيرهم لأن المطلق من كلام المتقدمين محمول على المعهود في الشرع فينظر من كان يستحق السهم من الصدقات فالوقف مصروف إليه وشرحهم يأتي في موضعه إن شاء الله

كسائر شروطه وكما لو وقف على ولده ثم على المساكين فإنه لا يصرف إلى المساكين شيء من الوقف إلا بعد اقراض الولد كذا ههنا

(فصل) قال رضي الله عنه (ويرجع إلى شرط الواقف في قسمه على الموقوف عليهم في التقديم والتأخير والجمع والترتيب والتسوية والتفضيل وإخراج من شاء بصفة وإدخاله بصفة وفي الناظر فيه والإيقاف عليه وسائر أحواله) لأنه ثبت بوقفه فوجب أن يتبع فيه شرطه ولأن ابتداء الوقف مفوض إليه فكذلك تفضيئه وترتيبه ، وكذلك إن شرط لإخراج بعضهم بصفة ورده بصفة مثل أن يقول من تزوج منهم فله ومن فارق فلا شيء له أو عكس ذلك أو من حفظ القرآن فله ومن نسيه فلا شيء له ، أو من اشتغل بالعلم فله ومن تركه فلا شيء له أو من كان على مذهب كذا فله ومن خرج منه فلا شيء له ، وكذلك إن وقف على أولاده على أن لا ينقضي سهماً وللذكر سهمين أو على حسب ميراثهم أو بالعكس أو على أن للكبير ضعف ما للصغير أو للفقير ضعف ما للثني أو عكس ذلك أو عين بالتفضيل واحداً معيناً أو ولده أو ما أشبه هذا فهو على ما قال لما ذكرنا فكل هذا صحيح وهو على ما شرط ، وقد روى هشام بن عروة أن الزبير جعل دوره صدقة على بنيه لا تباع ولا توهب وإن المردودة من بناته أن تسكن غير مضرة ولا مضربها فإن استعنت بزوجة فلا حق لها في الوقف وليس هذا تعليفا للوقف بصفة بل وقف مطلق والاستحقاق له بصفة وكل هذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافاً

تعالى ، وإن وقف على الاصناف الثمانية الذين يأخذون الصدقات صرف اليهم ويعطى كل واحد منهم من الوقف مثل القدر الذي يعطى من الزكاة ليزاد على ذلك فيعطى الفقير والمساكين ما يتم به غناؤه والغارم قدر ما يقضي غرمه ، والمكاتب قدر ما يؤدي به كتابته ، وابن السبيل ما يبلغه ، والغازي ما يحتاج اليه لغزوه وإن كان غنيا ، واختلف في قدر ما يحصل به الغنى فقال احمد في رواية علي بن سعيد في الرجل يعطى من الوقف خمسين درهما فقال ان كان الواقف ذكر في كتابه المساكين فهو مثل الزكاة ، وإن كان متطوعا أعطى ماشاء وكيف شاء فقد نص احمد على إلحاقه بالزكاة فيكون الخلاف فيه كالخلاف في الزكاة والله أعلم ، وإن وقف على جميع الاصناف او على صنفين أو أكثر فهل يجوز الاتصاف على صنف واحد أو يجب اعطاء بعض كل صنف من الموقوف عليه ؟ على وجهين بناء على الزكاة

(فصل) وإذا وقف على سبيل الله وسبيل الثواب وسبيل الخير فسبيل الله هو الغزو والجهاد في سبيل الله فيصرف ثلث الوقف إلى من يصرف اليهم السهم من الزكاة وهم الغزاة الذين لاحق لهم في الديوان وإن كانوا أغنياء ، وسائر الوقف يصرف إلى كل ما فيه أجر ومثوبة وخير لأن اللفظ عام في ذلك ، وقال أصحابنا يجوز الوقف ثلاثة أجزاء فجزء يصرف إلى الغزاة وجزء يصرف إلى أقرب الناس اليه من الفقراء لأنهم أكثر الجهات ثوابا قال النبي ﷺ قال « صدقتك على ذي القربى صدقة وصلة » والثالث يصرف إلى من يأخذ الزكاة لحاجته وهم خمسة أصناف : الفقراء ، والمساكين والرقاب

﴿ مسألة ﴾ (فإن لم يشترط ناظراً فالنظر للموقوف عليه وقيل للحاكم ينفق عليه من غلته)

النظر في الوقف لمن شرطه الواقف لأن عمر رضي الله عنه جعل وقفه إلى حفصة نليه ما جاشت ثم يليه ذو الرأي من أهلها ، ولأن مصرف الوقف يتبع فيه شرط الواقف فكذلك النظر فإن جعل النظر لنفسه جاز وإن جعله إلى غيره صح ، فإن لم يجعله إلى أحد أو جعله لإنسان فأتى بالنظر للموقوف عليه لأنه ملك يختص بنفسه فكان نظره اليه كذلك المطلق ، ويحتمل أن ينظر فيه الحاكم اختاره ابن أبي موسى قال شيخنا ويحتمل أن يكون ذلك مبنياً على أن الملك فيه هل ينتقل إلى الموقوف عليه أو إلى الله تعالى فإن قلنا هو الموقوف عليه فالنظر له فيه لأنه يملك عينه ونفقه ، وإن قلنا هو الله تعالى فالحاكم يتولاه ويصرفه إلى مصارفه لأنه مال الله فكان النظر فيه إلى حاكم المسلمين كالوقف على المساكين . فأما الوقف على المساكين والمساجد ونحوها أو على من لا يمكن حصرهم واستيعابهم فالنظر فيه إلى الحاكم لأنه ليس له مالك معين ينظر فيه وللحاكم أن يستنيب فيه لأن الحاكم لا يمكنه تولى النظر بنفسه

(فصل) ومتى كان النظر للموقوف عليه إما بجعل الواقف النظر له أو لكونه أحق بذلك عند عدم ناظر سواء أكان واحداً مكلفاً رشيداً فهو أحق بذلك رجلاً كان أو امرأة عدلاً أو فاسقاً لأنه ينظر لنفسه فكان له ذلك في هذه الأحوال كذلك المطلق ويحتمل أن يضم إلى الفاسق أمين حفظاً لأصل الوقف عن البيوع والتضييع ، وإن كان الوقف لجماعة رشدين فالنظر للجميع لكل إنسان في حصته

٢١٤ تقسيم الوقف الى معلوم الابتداء والانتها والى منقطع ومعنى كل وحكمه (الغنى والشرح الكبير)

والغارمون لمصلحتهم وابن السبيل لان هؤلاء أهل حاجة منصوص عليهم في القرآن فكان من نص الله تعالى عليه في كتابه أولى من غيره ، وإن ساءه في الحاجة وهذا مذهب الشافعي

ولنا ان لفظ عام فلا يجب التخصيص بالبعض لكونه أولى كالفقراء والمساكين في الزكاة لا يجب تخصيص أقاربه منهم بها وإن كانوا أولى ، وكذلك سائر الالفاظ العامة ، وإن أوصى في أبواب البر صرف في كل مائة بر وقرية ، وقال أصعبنا يصرف في أربعة جهات : أقاربه غير الوارثين والمساكين والجهاد والخير قال أبو الخطاب وعنه فداء الامراء مكان الحج ووجه القولين ما تقدم في التي قبلها

(مسئلة) قال (فإن لم يجعل آخره للمساكين ولم يبق ممن وقف عليه أحد رجع الى ورثة الواقف في احدى الروايتين عن أبي عبد الله رحمه الله ، والرواية الاخرى يكون وقفاً دلي أقرب عصبة الواقف)

وجملة ذلك أن الوقف الذي لا اختلاف في صحته ما كان معلوم الابتداء والانتها غير منقطع مثل أن يجعل على المساكين او طائفة لا يجوز بحكم العادة اقراضهم ، وإن كان غير معلوم الانتها مثل أن يقف على قوم يجوز اقراضهم بحكم العادة ولم يجعل آخره للمساكين ولا جهة غير منقطعة فإن الوقف يصح وبه قال مالك وأبو يوسف والشافعي في أحد قوليه ، وقال محمد بن الحسن لا يصح .

فإن كان الموقوف عليه صغيراً أو مجنوناً أو سفياً قام وليه في النظر مقامه كذلك المطلق ، وإن كان النظر إبير الموقوف عليه بتولية الواقف أو الحاكم أو لبعض الموقوف عليهم لم يجوز أن يكون إلا أميناً فإن لم يكن أميناً لم تصح ولايته إن كانت من الحاكم وأزيات يده ، وإن ولاه الواقف وهو فاسق أو كان عدلاً ففسق ضم اليه أمين لحفظ الوقف ولم تزل يده لانه أمكن الجمع بين الحقتين ، ويحتمل أن لا تصح تولية الفاسق وينزل اذا فسق لانها ولاية على حق غيره فنافاها الفسق كماله ولاه الحاكم وكما لو لم يمكن حفظ الوقف منه مع بقاء ولايته فإن يده تزال لان مراعاة حفظ الوقف أهم من ابقاء ولاية الفاسق عليه (فصل) وثقة الوقف من حيث شرط الواقف لانه لا اتبع شرطه في مصرفه وجب اتباعه في ثقته فإن لم يكن شرط فن غلته لان الوقف اقضى بحسب أصله وتسهيل نفعه ولا يحصل ذلك إلا بالانفاق عليه فهو من ضرورته ، وكذلك عمارة الوقف قياساً على ثقته فإن تعطلت منافع الحيوان الموقوف ثقفته على الموقوف عليه لانه ملكه ويحتمل وجوبها في بيت المال ويجوز بيعه على ما نذكره

(مسئلة) (وإن وقف على ولد ثم على المساكين فهو لولده الذكور والانات والحبالى بالسوية) وكذلك إن قال وقفت على أولادي أو على ولد فلان لانه شرك بينهم وإطلاق التشريك يقتضي النسوبة كما لو أقر لهم بشيء وكولد الام في الميراث حين شرك الله تعالى بينهم فيه فقال (فهم شركاء في التملك) تساوا فيه ولم يفضل بعضهم على بعض وليس كذلك في ميراث ولد الابوين وولد الاب

وهو القول الثاني للشانعي لان الوقف منقضاء التأييد فاذا كان منقطعاً صار وقفاً على مجهول فلم يصح كما لو وقف على مجهول في الابتداء.

ولما انه تصرف معلوم المصروف فصح كما لو صرح بمصرفه المتصل ولان الاطلاق إذا كان له عرف حمل عليه كقصد البلد وعرف المصروف وههنا هم أولى الجهات به فكأنه عينهم. اذا ثبت هذا فإنه يصرف عند انقراض الموقوف عليهم إلى أقارب الواقف وبه قول الشانعي، وعن احمد رواية أخرى انه يصرف إلى المساكين واختاره القاضي والشريف ابو جعفر لانه مصرف الصدقات وحقوق الله تعالى من الكمالات ونحوها فاذا وجدت صدقة غير معينة المصروف انصرفت اليهم كما لو نذر صدقة مطلقة وعن احمد رواية ثالثة انه يجعل في بيت مال المسلمين لانه مال لمستحق له فأشبه مال من لا وارث له وقال ابو يوسف يرجع إلى الواقف وإلى ورثته إلا أن يقول صدقة موقوفة ينفق منها على فلان وعلى فلان فاذا انقضى المسحى كانت للمعقر والمساكين لانه جعلها صدقة على مسمى فلا تكون على غيره وبما روي ما إذا قال ينفق منها على فلان وفلان فإنه جعل الصدقة مطلقة

والا أنه أزال ملكه لله تعالى فلم يجوز أن يرجع اليه كما لو أعتق عبداً، والدليل على صرفه إلى اقارب الواقف انهم أولى الناس بصدقته بدليل قول النبي ﷺ « صدقتك على غير رحك صدقة وصدقتك على رحك صدقة وصلة » وقال « انك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة »

فان الله تعالى قال (فان كانوا اخوة رجالا ونساء فلذلك مثل حظ الاثنيين) ولا نعلم في هذا خلافاً ﴿ مسألة ﴾ (ولا يدخل فيه ولد البنات وهل يدخل فيه ولد البنين ؟ على روايتين)

اختلفت الرواية عن احمد رحمه الله في ذلك فروي عنه ما يدل على انه يكون وقفاً على أولاده وأولاد بنيه الذكور والاناث ما لم تكن قرينة تصرفه عن ذلك دون أولاد البنات . قال المروذي : قلت لأبي عبد الله ما تقول في رجل وقف ضيقة على ولده فمات الاولاد وتركوا النسوة حوامل ؟ فقال كل ما كان من أولاد الذكور بنات كن أو بنين فالضيقة موقوفة عليهم وما كان من أولاد البنات فليس لهم فيه شيء لانهم من رجل آخر ، ووجه ذلك ان الله تعالى لما قال (يوصيكم الله في أولادكم) دخل فيه ولد البنين وإن سفلوا ، ولما قال (ولا يوه لذكر واحد منها السدس إن كان له ولد) تناول ولد البنين فالماطلق من كلام الآدمي اذا خلا عن قرينه ينبغي أن يحمل على المطلق من كلام الله تعالى ويفسر بما يفسر به ولان ولد الولد ولد بدليل قوله تعالى (يا بني آدم ، ويا بني اسرائيل) وقال النبي صلى الله عليه وسلم « ارموا يا بني اسماعيل فان أباكم كان رامياً » وقال « نحن بنو النضر بن كنانة » ولانه لو وقف على ولد فلان وهم قبيلة دخل فيه ولد البنين فكذلك اذا لم يكونوا قبيلة (وبالرواية الثانية) لا يدخل فيه ولد الولد بحال وسواء في ذلك ولد البنين وولد البنات اختاره القاضي وأصحابه لان الولد حقيقة وعرفاً إنما هو ولده لصلبه وإنما سمي ولد الولد ولداً مجازاً ولهذا يصح فيه فيقال ما هذا ولدي

يتكفون الناس . ولان فيه اغناؤهم وصلة أرحامهم لانهم أولى الناس بصدقاته النوافل والمفروضات كذلك صدقته المنقولة ، إذا ثبت هذا فإنه في ظاهر كلام الحرقى : ظاهر كلام احدى يكون الفقراء منهم والاغنياء لان الوقف لا يختص الفقراء ولو وقف على أولاده تناول الفقراء والاغنياء . كذا هنا وفيه وجه آخر انه يختص الفقراء منهم لانهم أهل الصدقات دون الاغنياء . ولانا خصصناهم بالوقف لكونهم أولى الناس بالصدقة وأولى الناس بالصدقة الفقراء . دون الاغنياء . واختلفت الرواية فيمن يستحق الوقف من أقرباء الواقف في احدى الروايتين يرجع الى الورثة . منهم لانهم الذين صرف الله تعالى اليهم ماله بعدوته واستغناؤه عنه فكذلك يصرف اليهم من صدقته مالم يذكر له مصرفاً ولان النبي ﷺ قال : **إِنَّكَ إِنْ تَرَكْتَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَا خَيْرٌ مِنْ أَنْ تُدْعِمَ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ** . فعلى هذا يكون بينهم على حسب ميراثهم ويكون وقفنا عليهم نص عليه أحد وذكره القاضي لان الوقف يقتضي التأيد ، وإنما صرفناه الى هؤلاء لانهم أحق الناس بصدقته فصرف اليهم مع بقائه صدقة ، وبمقتضى كلام الحرقى أن يصرف اليهم على سبيل الارث ويبطل الوقف فيه . فعلى هذا يكون كقول أبي يوسف (والرواية الثانية) يكون وقفنا على أقرب عصبة الواقف دون بقية الورثة من أصحاب الفروض ودون البعيد من العصبات فيقدم الاقرب فالأقرب على حسب استحقاقهم لولاء الموالى لانهم خصوا بالعقل عنه وبميراث مواليه فخصوا بهذا أيضاً ، وهذا لا يقوي عندي فان استحقاقهم لهذا دون غيرهم من الناس لا يكون الا بدليل من نص أو إجماع أو قياس ولا

انما هو ولد ولدي . فأما ولد البنات فلا يدخلون بغير خلاف لانهم لم يدخلوا في قوله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم) قال الشاعر :

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا * بنوهن أبناء الرجال الأبعد

(فصل) فان قال علي ولد ولدي لصبي فهو آكد في اختصاصه بالولد دون ولد الولد ، وإن قال علي ولدي وولد ولدي ثم على المساكين دخل فيه البطن الاول والثاني ولم يدخل فيه البطن الثالث وإن قال علي ولدي وولد ولدي ولد ولدي دخل فيه ثلاثة بطون دون من بعدهم ، ووضع الخلاف المطلق ، فأما مع وجود دلالة تصرف الى أحد المحملين فإنه يصرف اليه بغير خلاف ، مثل أن يقول علي ولد فلان وهم قبيلة ليس فيهم ولد من صلبه أو قال ويفضل الولد الأكبر أو الانضل أو الأعلم على غيرهم أو قال فاذا خلت الارض من عقبى عاد الى المساكين أو قال علي ولد ولدي غير ولد البنات أو غير ولد فلان أو قال يفضل البطن الأعلى على الثاني أو قال الأعلى فالأعلى وأشياء ذلك فهذا يصرف لفظه الى جميع اسله وعقبته ، فان اقترنت به قرينة تقتضي تخصيص أولاده لصلبه بالوقف مثل أن يقول علي ولدي لصبي أو الذين يلونني ونحو هذا فإنه يختص بالبطن الاول دون غيرهم ، وإذا قلنا بتعميمهم اما بالقرينة واما لقولنا ان المطلق يقتضي التعميم ولم يكن في لفظه ما يقتضي تتركيباً ولا ترتيباً احتمل ان يكون بين الجميع على التشريك لانهم دخلوا في اللفظ دخولاً واحداً فوجب أن يشتركوا

(المغني والشرح الكبير) إن لم يكن لأواقف أقارب أو اقترضوا مصرف الوقف إلى الفقراء والمساكين ٢١٧

نعلم فيه نصا ولا إجماعا ولا يصح قياسه على ميراث ولا الموالى لان علته لا تتحقق هاهنا وأقرب الاقوال فيه صرفه الى المساكين لانهم مصارف مال الله تعالى وحقوقه فان كان في أقارب الواقف مساكين كانوا أولى به لا على سبيل الوجوب كما أنهم أولى بركانه وصلاته مع جواز الصرف الى غيرهم ولاننا اذا صرفناه الى أقاربه على سبيل التعيين فهي أيضا جهة منقطعة فلا يتحقق اتصاله إلا بصرفه إلى المساكين، وقال الشافعي يكون وقفا على أقرب الناس الى الوقف الذكر والانثى فيه سواء.

(فصل) فان لم يكن لأواقف أقارب أو كان له أقارب فاقترضوا مصرف إلى الفقراء والمساكين وقفا عليهم لان القصد به الثواب الجاري عليه على وجه الدوام وإنما قدسنا الاقارب على المساكين لكونهم أولى فاذا لم يكنوا فالمساكين أهل لذلك فصرف اليهم الاعلى قول من قال إنه يصرف الى ورثة الواقف ملصكا لهم فانه يصرف عند عدمهم الى بيت المال لانه بطل الوقف في باقضاءه وصار ميراثا لا وارث له فكان بيت المال به أولى

(فصل) فان قال وقفت هذا وسكت أو قال صدقة موقوفة ولم يذكر سبيله فلا نص فيه وقال ابن حامد يصح الوقف قال القاضي هو قياس قول أحمد فانه قال في النذر المطلق بتعقد موجبا لكفارة يمين وهذا قول مالك والشافعي في أحد قوليه لانه إزالة ملك على وجه القرينة فوجب أن يصح مطلق كالأضحية والرصبة ولو قال وصيت بثلاث مالي صح واذا صح صرف الى مصارف الوقف المنقطع بعد انقراض الموقوف عليه

فيه كما لو أقر لهم بدين ، ويحتمل أن يكون على الترتيب على حسب الترتيب في الميراث ، وهذا ظاهر كلام أحمد لقوله فيمن وقف على ولد علي بن اسماعيل ولم يقل ان مات ولد علي بن اسماعيل دفع الى ولد ولده فمات ولد علي بن اسماعيل وترك ولدا فقال ان مات ولد علي بن اسماعيل :دفع الى ولده أيضا لان هذا من ولد علي بن اسماعيل فجعله لولد من مات من ولد علي بن اسماعيل عند موت أبيه وذلك لان ولد البنين لما دخلوا في قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) لم يستحق ولد البنين شيئا مع وجود آبائهم واستحقوا عند فقدهم كذا ههنا فأما ان وصى لولد فلان وهم قبيلة فلا ترتيب ويستحق الاعلى والاسفل على كل حال

(فصل) وان رتب فقال وقفت هذا على ولدي وولد ولدي ما تناهوا وتعاقبوا الاعلى فالاعلى والاقترب فالأقرب أو الاول فالاول أو البطن الاول ثم البطن الثاني أو على أولادي ثم على أولاد أولادي أو على أولادي فاذن اقترضوا فعلى أولاد أولادي فعلى هذا الترتيب لا يستحق البطن الثاني شيئا حتى يقرض البطن الاول كله ومتى بقي واحد من البطن الاول كان الجميع له لان الوقف ثبت بقوله فيتبع مقتضى كلامه وان قال على أولادي وأولادهم ما تناهوا وتناسلوا على أنه من مات منهم عن ولد كان ما كان جاريا عليه جاريا على ولده كان دليلا على الترتيب لانه لو اقضى الشريك لاقتضى

(فصل) وان وقف على من يجوز الوقف عليه ثم على من لا يجوز الوقف عليه مثل أن يقف على أولاده ثم على البيع صح الوقف أيضا ويرجع بعد انقراض من جاز الوقف عليه الى من يصرف اليه الوقف المنقطع لان ذكره لمن لا يجوز الوقف عليه وعدمه واحد ويحتمل أن لا يصح الوقف لانه جمع بين ما يجوز وما لا يجوز فأشبهه تفريق الصدقة

(فصل) وان كان الوقف منقطع الابتداء مثل أن يقفه على من لا يجوز الوقف عليه كنفسه أو أم ولده أو عبده أو كنيسته أو مجهول فإن لم يذكر له مالا يجوز الوقف عليه فالوقف باطل وكذلك ان جعل ماله مما لا يجوز الوقف عليه لانه أدخل بأحد شرطي الوقف فبطل كما لو وقف مالا يجوز وقفه وان جعل له مالا يجوز الوقف عليه مثل أن يقفه على عبده ثم على المساكين ففي صحته وجهان بناء على تفريق الصدقة والشافعي فيه قولان كالوجهين فإذا قلنا يصح وهو قول القاضي وكان من لا يجوز الوقف عليه ممن لا يمكن اعتبار انقراضه كالميت والمجهول والكنائس صرف في الحال الى من يجوز الوقف عليه لاننا لما صححنا الوقف مع ذكر مالا يجوز الوقف عليه فقد الغيناؤه فإنه يتعذر التصحيح مع اعتباره وان كان من لا يجوز الوقف عليه يمكن اعتبار انقراضه كام ولده وعبد معين ففيه وجهان (أحدهما) أنه ينصرف في الحال الى من يجوز الوقف عليه كالتى قبلها ذكره أبو الخطاب (والثاني) أنه يصرف في الحال الى مصرف الوقف المنقطع الى أن ينقرض من لا يجوز الوقف عليه فإذا انقرض

التسوية ولو جملنا لولد الولد سهمًا مثل سهم أبيه ثم دفننا اليه سهم أبيه صار له سهمان ولغيره سهم وهذا ينافي التسوية ولانه يفضي الى تفضيل ولد الابن على الابن والظاهر من إرادة الواقف خلاف هذا فإذا ثبت الترتيب فإنه يترتب بين كل والد وولده وإذا مات عن ولد انتقل الى ولد سهمه سواء بقي من البطن الاول أحد أو لم يبق

(فصل) وان رتب بعضهم دون بعض فقال وقتت على ولدي وولد ولدي ثم على أولادهم أو على أولادي ثم على أولاد أولادي وأولادهم ما تناسلوا وتعاقبوا أو قال على أولادي وأولاد أولادي ثم على أولادهم وأولاد أولادهم ما تناسلوا فهو على ما قال من شرك بينهم بالواو المقتضية للجمع والتشريك ويرتب من رتبه بحرف الترتيب في المسئلة الاولى يشترك الولد وولد الولد فإذا انقرضوا صار لمن بعدهم وفي الثانية يختص به الولد فإذا انقرضوا صار مشتركًا بين من بعدها وفي الثالثة يشترك فيه البطنان الاولان دون غيرهم فإذا انقرضوا اشترك فيه من بعدهم

(فصل) فان قال وقتت على أولادي ثم على أولاد أولادي على أنه من مات من أولادي عن ولد فنصيبه لولده أو فنصيبه لاختوته أو لولد ولده أو لولد أخيه أو لاختواته أو لولد اخواته فهو على ما شرطه ، وان قال : ومن مات منهم عن ولد فنصيبه لولده ومن مات منهم عن غير ولد فنصيبه لاهل الوقف وكان له ثلاثة بنين مات أحدهم عن ابنين انتقل نصيبه اليهما ثم مات الثاني عن

صرف الى من يجوز وهذا الوجه الذي ذكره القاضي وابن عقيل لان الواقف انما جعله وقفا على من يجوز بشرط انقراض هذا فلا يثبت بدونه وفارق ما لا يمكن اعتباره انقراضه فانه تعذر اعتباره ولا محاب الشافعي وجهان كذا :

(فصل) وان كان الوقف صحيح الطرفين منقطع الوسط مثل ان يقف على ولده ثم على عبيده ثم على الساكنين خرج في صحة الوقف وجهان كمنقطع الانتهاء ثم ينظر فيما لا يجوز الوقف عليه فان لم يمكن اعتبار انقراضه ألفيناه إذا قلنا بالصحة وان أمكن اعتبار انقراضه فهل يعتبر أو يأنى وعلى وجهين كما تقدم وان كان منقطع الطرفين صحيح الوسط كرجل وقف على عبيده ثم على أولاده ثم على الكنيسة خرج في صحته ايضا وجهان وهو صرفه بعد من يجوز الى مصرف الوقف المنقطع

﴿مسئلة﴾ قال (ومن وقف في مرضه الذي مات فيه أو قال هو وقف بعد موته ولم يخرج من الثالث وقف منه بقدر الثلث الا ان تجيز الورثة)

وجهه ان الوقف في مرض الموت بمنزلة الوصية في اعتباره من ثلث المال لانه تبرع فاعتبر في مرض الموت من الثلث كالتق والمبة وإذا خرج من الثلث جاز من غير رضا الورثة ولزم وما زاد

غير ولد فتصيبه لآخيه وابني أخيه بالتسوية لانهم أهل الوقف فان مات أحد ابني الابن عن غير ولد انتقل نصيبه الى أخيه وعمه لانها أهل الوقف، ولو مات أحد البنين الثلاثة عن غير ولد وخلف أخويه وابني أخ له فتصيبه لآخويه دون ابني أخيه لانها ليسا من أهل الوقف ما دام أبوهما حياً فإذا مات أبوهما صار نصيبه لهما فإذا مات الثالث كان نصيبه لابني أخيه بالتسوية ان لم يخلف ولداً فان خلف ابناً واحداً فله نصيب أبيه وهو النصف ولا بني عمه النصف بينهما نصفين، وان قال : من مات منهم عن غير ولد كان ما كان جارياً عليه جارياً على من هو في درجته وكان الوقف مرتباً بطناً بعد بطن كان نصيب الميت عن غير ولد لاهل البطن الذي هو منه وان كان مشتركاً بين البطون كلها احتل أن يكون نصيبه بين جميع أهل الوقف لانهم في استحقاق الوقف سواء فكانوا في درجته من هذه الجهة ولاتنا لو صرفنا نصيبه الى بعضهم أفضى الى تفضيل بعضهم على بعض والتشريك يقتضي التسوية فعلى هذا يكون وجود هذا الشرط كعدمه لانه لو سكت عنه كان الحكم كذلك ويحتمل أن يعود نصيبه الى سائر البطن الذي هو منه لانهم في درجته في انقرب الى الحد الذي يجمعهم ويستوي في ذلك أخوته وبنو عمه وبنو عم أبيه لانهم سواء في القرب ولاتنا لو شركنا بين أهل الوقف كلهم في نصيبه لم يكن في هذا الشرط فائدة والظاهر أنه قصد سبباً يفيد فعلى هذا إن لم يكن في درجته أحد بطل هذا الشرط وكان الحكم فيه كما لو لم يذكره وان كان الوقف على البطن الاول على أنه من مات منهم عن ولداً انتقل نصيبه الى ولده ومن مات عن غير ولد انتقل نصيبه الى من في درجته ففيه ثلاثة أوجه :

على الثالث لزم الوقف منه في قدر الثلث ووقف الزائد على اجازة الورثة لا نعلم في هذا خلافا عند القائلين بلزوم الوقف وذلك لان حق الورثة تعلق بالمال بوجود المرض فتم التبرع بزيادة على الثلث كالمعطى والعق فاما اذا قال هو وقف بعد موتى فظاهر كلام الخرقي أنه يصح ويعتبر من الثلث كسائر الوصايا وهو ظاهر كلام الامام أحمد وقال القاضي لا يصح هذا لانه تعليق لا وقف على شرط وتعلق الوقف على شرط غير جائز بدليل ما لو علقه على شرط في حياته وحمل كلام الخرقي على أنه قال قفوا بعد موتى فيكون وصية بالوقف لا إيقافا ، وقال ابو الخطاب قول الخرقي هذا يدل على جواز تعليق الوقف على شرط .

ولنا على صحة الوقف بالمعلق بالموت ما احتج به الامام احمد رضي الله عنه أن عمر أوصى فكان في وصيته : هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين ان حدث به حدث ان تمنا صدقة وذكر بنية الخبر وقد ذكرناه في غير هذا الموضع ورواه أبو داود بنحو من هذا وهذا نص في مستثنائنا ووقفه هذا كان بأمر النبي ﷺ ولانه اشتهر في الصحابة فلم ينكر إجماعا ولان هذا تبرع معلق بالموت فصح كالمبة والصدقة المطلقة أو تقول صدقة معلقة بالموت فأشبهت غير الوقف وبفارق هذا التعليق على شرط في الحياة بدليل المبة المطلقة والصدقة وغيرها وذلك لان هذا وصية والوصية أوسع من التصرف في الحياة بدليل جوازها بالمجهول والمعدوم والمجهول وللمحمل وغير ذلك وبهذا يتبين فساد قياس من قاس على هذا الشرط بقية الشروط

(أحدهما) أن يكون نصيبه بين أهل الوقف كلهم ينساوون فيه سواء كانوا من بطن واحد أو من بطون وسواء تساوت انصباؤهم في الوقف أو اختلفت لما ذكرنا من قبل (والثاني) أن يكون لاهل بطنه سواء كانوا من أهل الوقف أو لم يكونوا مثل أن يكون البطن الاول ثلاثة فوات أحدهم عن ابن ثم مات الثاني عن ابنين فوات أحد الابنين وترك أخاه وابن عمه وعمه وابناً لعمه الحي فيكون نصيبه بين أخيه وابني عمه (والثالث) أن يكون لاهل بطنه من أهل الوقف فيكون على هذا لأخيه وابن عمه الذي مات أبوه ، فان كان في درجته في النسب من ليس من أهل الاستحقاق بحال كرجل له أربعة بنين وقف على ثلاثة منهم على هذا الوجه المذكور وترك الرابع فوات أحد الثلاثة عن غير ولد لم يكن للرابع فيه شيء لانه ليس من أهل الاستحقاق فأشبه ابن عمهم

(فصل) وإن وقف على بنيه وهم ثلاثة على ان من مات من فلان وفلان وأولادهم عن ولد فنصيبه لولده وإن مات فلان فنصيبه لاهل الوقف فهو على ما شرط ، وكذلك إن كانت بنون وبنات فقال : من مات من المذكور فنصيبه لولده ، ومن مات من البنات فنصيبها لاهل الوقف فهو على ما قال ، وإن قال على أولادي على أن يصرف الى البنات منه ألف والباقي للبنين لم يستحق البنون شيئاً حتى يستوفي البنات الألف لانه جعل للبنات مسمى وجعل للبنين الفاضل عنه والحكم فيه على ما قال لانه

(فصل) ولا يجوز تعليق ابتداء الوقف على شرط في الحياة مثل ان يقول اذا جاء رأس الشهر فداري وقف أو فرمي حبيس أو اذا ولد لي ولد أو إذا قدم لي غائب ونحو ذلك ولا نعلم في هذا خلافا لانه نقل للمالك فيما لم يبين على التغليب والسراية فلم يجوز تعليقه على شرط كالمبة وسوى المتأخرون من أصحابنا بين تعليقه بالموت وتعليقه بشرط في الحياة ولا يصح لما ذكرنا من الفرق بينهما فيما قبل هذا .

(فصل) وان علق انتهاءه على شرط نحو قوله داري وقف الى سنة أو الى ان يقدم الحاج لم يصح في أحد الوجهين لانه يناهض مقتضى الوقف فان مقتضاء التأيد وفي الآخر يصح لأنه منقطع الانتهاء فأشبه ما لو وقفه على منقطع الانتهاء فان حكمنا بصحته ههنا فحكمه حكم منقطع الانتهاء .

(فصل) وان قال هذا وقف على ولدي سنة ثم على المساكين صح وكذلك ان قال هذا وقف على ولدي مدة حياتي ثم هو بعد موتي للمساكين صح لانه وقف متصل بالابتداء والانتهاء وان قال وقف على المساكين ثم على أولادي صح ويكون وقفا على المساكين ويلغى قوله على أولادي لان المساكين لا انقراض لهم (فصل) واختلفت الرواية عن احمد في الوقف في مرضه على بعض ورثته فعنه لا يجوز ذلك فان فعل وقف على إجازة سائر الورثة قال احمد في رواية إسحاق بن ابراهيم فيمن أوصى لأولاد بنيه بارض توقف عليهم فقال : ان لم يرثوه فجاز فظاهر هذا انه لا يجوز الوقف عليهم في المرض

جعل البنات كذوي الفروض وجعل البنين كالعصبات الذين لا يستحقون إلا ما فضل عن ذوي الفروض (فصل) فان كان له ثلاثة بنين فقال وقفت على ولدي فلان وفلان وعلى ولد ولدي كان الوقف على الابنين المسمين وعلى أولادها وأولاد الثالث ولا شيء لثالث ، وقال القاضي يدخل الثالث في الوقف وذكر أن أحمد قال في رجل قال: وقفت هذه الضيقة على ولدي فلان وفلان وعلى ولد ولدي وله ولد غير هؤلاء قال يشتركون في الوقف واحتج القاضي بأن قوله ولدي يستغرق الجنس فيعم الجميع وقوله فلان وفلان تأكيد لبعضهم ولا يوجب اخراج بقيتهم كالمطف في قوله (من كان عدواً لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال)

ولنا انه أبطل بعض الولد من اللفظ المتناول للجميع فاختص ببعض المبدل كما لو قال على ولدي فلان وذلك لان بدل البعض يوجب اختصاص الحكم به كقول الله تعالى (والله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً) لما خص المستطيع بالذكر اختص الوجوب به ، ولو قال ضربت زيداً رأسه أو رأيت زيداً وجهه اختص الضرب بالرأس والرؤية بالوجه، ومنه قول القائل : طرحت اثياب بعضها فوق بعض ، فان الفوقية تختص ببعض مع عموم اللفظ الاول كذا ههنا وفارق المطف فان عطف الخاص على العام يقتضي تأكيد اختصاصه وكلام أحمد : ثم شركاء بمنزل أن يموت الى أولاد أولاده أي بترك أولاد الموقوف عليهما وأولاد غيرهم لعدم لفظ الواقف فيهم ويتعين حمل كلامه عليه لقيام

اختره ابو حفص العكبري وابن عقيل وهو مذهب الشافعي ، (والرواية الثانية) يجوز أن يقف عليهم ثلثه كالأجانب فانه قال في رواية جماعة منهم الميموني : يجوز للرجل أن يقف في مرضه على ورثته فتقبل له أليس تذهب انه لا وصية لو ارث ؟ فقال نعم والوقف غير الوصية لانه لا يباع ولا يورث ولا يصير ملكا للورثة ينتفعون بقلته ، وقال في رواية احمد بن الحسن فانه صرح في مسئلته بوقف ثلثه على بعض ورثته دون بعض فقال جائز قال الخبري وأجاز هذا الا كثرون واحتج احمد رضي الله عنه بحديث عمر رضي الله عنه انه قال هذا ما أوصى به عبدالله عمر أمير المؤمنين ان حدث به حدث ان نفا صدقة والعبد الذي فيه والسهم الذي بخير ورقبته الذي فيه والمائة وسق الذي أطعمني محمد ﷺ نليه حفصة ماعاشت ثم يليه ذوي الرأي من أهله لا يباع ولا يشتري ينقعه حيث يرى من السائل والمحروم وذوي القربي ولا حرج على من وليه ان أكل او اشترى رقيقا رواه ابو داود بنحو من هذا فالجبة انه جعل الحفصة أن تلي وقته وتأكل منه واشترى رقيقا قال الميموني قلت ل احمد انما امر النبي ﷺ عمر بالابتفاف وليس في الحديث الرارث قال فاذا كان النبي ﷺ أمره وهوذا قد وقفها على ورثته وحبس الاصل عليهم جميعا ولان الوقف ليس في معنى المال لانه لا يجوز التصرف فيه فهو كعتق الوارث

ولنا انه تخصيص لبعض الورثة بماله في مرضه فنعم منه كالمبات ، ولان كل من لا يجوز له الوصية

الدليل عليه ، ولو قال على ولدي فلان وفلان ثم على المساكين خرج فيه من الخلاف مثل ما ذكرنا قال شيخنا ويمثل أن يدخل في الوقف ولد ولده لانتا قد ذكرنا من قبل ان ظاهر كلام أحمد أن قوله وقف على ولد ولدي يتناول نسله وطاقتة كلها

(فصل) ومن وقف على أولاده أو أولاد غيره وله جمل لم يستحق شيئا قبل انفصاله لانه لم تثبت له أحكام الدنيا قبل انفصاله ، وقال أحمد في رواية جعفر بن محمد فيمن وقف نخلا على قوم وما نوالدوا ثم ولد مولود : فان كانت النخل قد أبرت فليس له فيه شيء وهي الاول ، وإن لم تكن قد أبرت فهو معهم ، وانما قال ذلك لانها قبل ان تأبر تنبم الاصل في الييم وهذا الموجود يستحق نصيبه من الاصل فتنبه حصته من الثمرة كما لو اشترى ذاك النصيب من الاصل وبعد ان تأبر لا تنبم الاصل ويستحقها من كان له الاصل فكانت للأول لأن الاصل كان كله له فاستحق ثمرته كما لو باع هذا النصيب منها ولم يستحق المولود منها شيئا كالشترى وهكذا الحكم في سائر النمل الظاهر على الشجر لا يستحق المولود منها شيئا ويستحق بما ظهر بعد ولادته ، وان كان الوقف أرضا فيها زرع يستحقه البائع فهو الاول ، وان كان نما يستحقه المشتري فللمولود حصته منه لان المولود يتجدد استحقاؤه للاصل كتجدد ملك المشتري فيه

(مسئلة) (وان وقف على عقبه أو ولد ولده أو ذريته أو نسله دخل فيه ولد البنين بنير خلاف علمناه)

بالعين لا تجوز بالمنفعة كالأجنبي فبازاد على الثلث ، وأما خبر عمر فإنه لم يخص بعض الورثة بوقفه والنزاع إنما هو في تخصيص بعضهم ، وأما جعل الولاية لحفصة فليس ذلك وقفاً عليها فلا يكون ذلك وارداً في محل النزاع ، وكونه انتفاعاً بالغة لا يقتضي جواز التخصيص بدليل ما لو أوصى لورثته بمنفعة عبد لم يجز ، ويحتمل أن يحمل كلام أحمد في رواية الجماعة على أنه وقف على جميع الورثة لا يكون على وفق حديث عمر وعلى وفق الدليل الذي ذكرنا

(فصل) فإن وقف داره وهي تخرج من الثلث بين ابنه وبنت نصفين في مرض موته فبطل رواية الجماعة يصح الوقف ويلزم لأنه لما كان يجز له تخصيص البنت بوقف الدار كلها فنصفها أولى ، وعلى الرواية التي نصرناها أن أجاز الابن ذلك جاز وإن لم يجزه بطل الوقف فيما زاد على نصيب البنت وهو السدس ويرجع إلى الابن ملكاً فيكون له النصف وقفاً والسدس ملكاً مطلقاً والثلث للبنت جميعه وقفاً ويحتمل أن يبطل الوقف في نصف ما وقف على البنت وهو الربع ويبقى ثلاثة أرباع الدار وقفاً ونصفها للابن وربها للبنت والربع الذي بطل الوقف فيه بينهما أثلاثاً للابن ثلثاه للبنت ثلثه وتصح المسئلة من اثني عشر للابن ستة أسهم وقفاً وسهمان ملكاً للبنت ثلاثة أسهم وقفاً وسهم ملكاً ، ولو وقفها على ابنه وزوجته نصفين وهي تخرج من الثلث فرد الابن صح الوقف على الابن في نصفها وعلى المرأة في ثمنها وللابن ! بطل الوقف في ثلاثة أثلاثه انترجع إليه ملكاً على الوجه الأول وعلى الوجه الثاني يصح الوقف

وأما ولد البنات فقال الحرق لا يدخلون فيه وقد قال أحد فيمن وقف على ولده ما كان من ولد البنات فليس لهم فيه شيء فهذا النص يحتمل أن يعدى إلى هذه المسئلة ويحتمل أن يكون مقصوداً فيمن وقف على ولده ولم يذكر ولد ولده ومن قال لا يدخل ولد البنات في الوقف الذي على أولاده وأولاد أولاده مالك ومحمد بن الحسن ، وكذلك إذا قال على ذرية ، ونسبه وروى عن أحمد أنهم يدخلون في الوصية وذهب إليه بعض أصحابنا وهذا مثله وقال أبو بكر وابن حامد يدخل فيه ولد البنات وهو مذهب الشافعي وأبي يوسف لأن البنات أولاده فأولادهن أولاد أولاده حقيقة فيجب أن يدخلوا في اللفظ لتناوله لهم بدليل قوله تعالى (ونوحاً هدينا من قبل ومن ذرية داود وسليمان) إلى قوله (وعيسى) وهو ولد بنته فجعله من ذريته ولذلك ذكر الله تعالى قصة إبراهيم وعيسى وموسى وإسماعيل وإدريس ثم قال (أولئك الذين أنعم الله عليهم من النبيين من ذرية آدم ومن حملنا مع نوح ومن ذرية إبراهيم وإسرائيل) وعيسى معهم ولما قال الله تعالى (وحلائل أبنائكم) دخل في التحريم حلائل أبناء البنات وقال النبي ﷺ « ان ابني هذا سيد » ووجه الرواية الأولى أنهم لم يدخلوا في قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم) ولأنه لو وقف على واد فلان وقد صاروا قبيلة دخل فيه واد البنين دون ولد البنات وكذلك قبل أن يصيروا قبيلة لأن ولد البنات منسوبون إلى آبائهم دون أمهاتهم قال الشاعر

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأباة

على الابن في نصفها وهو أربعة أسباع نصيبه ويرجع اليه باقي حصته ملكا يصح الوقف في أربعة أسباع الثمن الذي للمرأة وباقيه يكون لها ملكا فاضرب سبعة في ثمانية تكون ستة وخمسين، الابن ثمانية وعشرون وقفنا وأحد وعشرون ملكا والمرأة أربعة أسهم وقفنا وثلاثة ملكا، وهكذا ذكر أصحاب الشافعي فأما ان كانت الدار جميع ملكة فوقها كلها فعلى ما اخترناه الحكم فيها كما لو كانت تخرج من الثلث فان الوارث في جميع المال كالأجنبي في الزائد عن الثلث، وأما على ما رواه الجماعة فان الوقف يلزم في الثلث من غير اختيار الورثة وفيما زاد فلها ما إبطال الوقف فيه والابن إبطال التسوية، فان اختار إبطال التسوية دون إبطال الوقف خرج فيه وجهان (أحدهما) انه يبطل الوقف في التسعة ويرجع اليه ملكا فيصير له النصف وقفنا والتسع ملكا ويكون للبنات السدس والتسعة وقفنا لان الابن المالك إبطال الوقف في ماله دون ما لغيره (والوجه الثاني) ان له إبطال الوقف في السدس ويصير له النصف وقفنا والتسع ملكا ولبنات الثلث وقفنا ونصف التسعة ملكا لئلا تزداد البنات على الابن في الوقف وتصح المسئلة في هذا الوجه من ثمانية عشر، الابن تسعة وقفنا وسهتان ملكا ولبنات ستة أسهم وقفنا وسهم ملكا، وقال أبو الخطاب له إبطال الوقف في الربع كله ويصير له النصف وقفنا والسدس ملكا ويكون للبنات الربع وقفنا ونصف السدس ملكا كما لو كانت الدار تخرج من الثلث وتصح من اثني عشر

وقولهم انهم أولاد أولاده حقيقة قلنا لانهم ينتسبون الى الواقف عرفا وكذلك لو قال أولاد أولادي المنتسبين الي لم يدخلوا في الوقف ولان ولد الهاشمية من غير الهاشمي ليس بهاشمي ولا ينتسب الي أيها وأما عيسى عليه السلام فلم يكن له نسب ينتسب اليه فنسب الي الله وقول النبي صلى الله عليه وسلم للحسن « ان ابني هذا سيد مجاز بالاتفاق » بدليل قول الله تعالى (ما كان محمد أباً أحد من رجالكم ولكن رسول الله) والقول بأنهم يدخلون بصح وأقوى دليلا لانهم أولاد أولاده حقيقة فأما قياسهم على ما اذا كانوا قبيلة فيفارق ما اذا وقف على ولد فلان وليسوا قبيلة لانه لو وقف على بني فلان وهم قبيلة دخل فيه البنات بخلاف ما اذا وقف على بني انسان حي أو ميت وليسوا قبيلة وقياسهم على ما اذا قال وقفت على ولد وادي المنتسبين الي لا يصح لانهم خرجوا من الوقف لكونهم لا ينتسبون وباقي الادلة ضعيفة جداً

(مسئلة) (فان قال على ولد ولدي لصلبي أو المنتسبين الي لم يدخل ولد البنات)

والخلاف إنما هو إذا لم يوجد ما يدل على تعيين أحد الامرين فأما إن وجد ما يصرف اللفظ إلى أحدهما انصرف اليه فلو قال على أولادي وأولاد أولادي على أن لولد البنات سهماً ولولد البنين سهمين أو قال فإذا خلت الارض ممن يرجع نسبه الي من قبل أب أو أم كان للمساكين أو كان البطن الاول من أولاده الموقوف عليهم كلهم بنات ونحو هذا ما يدل على ارادة ولد البنات بالوقف دخلوا في الوقف وان قال على أولادي وأولاد أولادي المنتسبين أو غير ذوي الارحام أو نحو ذلك لم يدخل

(مسألة) قال (وإذا خرب الوقف ولم يرد شيئا بيع واشتري بشفه ما يرد على أهل الوقف وجعل وقفا كالأول وكذلك الفرس الحبس إذا لم يصلح للغزو بيع واشتري بشفه ما يصلح للجهاد)

وجهة ذلك أن الوقف إذا خرب وتعطلت منافعه كدار أهدمت أو أرض خربت وعادت مواتا ولم تمكن عمارتها أو مسجد انتقل أهل القرية منه وصار في موضع لا يصلح فيه أو ضاق بأهله ولم يمكن توسيعه في موضعه أو تشعب جميعه فلم تمكن عمارته ولا عمارة بعضه إلا ببيع بعضه لتعمير به بقيته ، وإن لم يمكن الانتفاع بشيء منه بيم جميعه . قال أحمد في رواية أبي داود إذا كان في المسجد خشبتان لها قيمة جاز بيعهما وصرف منهما عليه ، وقال في رواية صالح بحول المسجد خوفا من الصوص ، وإذا كان موضعه قد رآق أو القاضى يعني إذا كان ذلك يمنع من الصلاة فيه ونص على جواز بيع عرصته في رواية عبد الله وتكون الشهادة في ذلك على الإمام قال أبو بكر وقد روى علي بن سعيد إن المساجد لا تباع وإنما تنقل آلتها قال وبالقول الأول أقول لاجتماعهم على جواز بيع الفرس الحبس يعني الموقوفة على الغزو إذا كبرت فلم تصلح للغزو وأمكن الانتفاع بها في شيء آخر مثل أن تدور في الرعي أو

فيه ولد البنات وإن قال علي ولدي فلان وفلانة وفلانة وأولادهم دخل فيه ولد البنات وكذلك إن قال علي أن من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده وإن قال الهاشمي وقفت على أولادي وأولاد أولادي الهاشميين لم يدخل في الوقف من أولاد بناته من كان غير هاشمي فأما من كان هاشميا من غير أولاد بنيه فهل يدخلون؟ على وجهين (أولهما) أنهم يدخلون لأنه اجتمع فيهم الصفتان جميعاً كونهم من أولاد أولاده وكونهم هاشميين (والثاني) لا يدخلون لأنهم لم يدخلوا في مطلق أولاد أولاده فأشبه ما لو لم يقل الهاشميين وإن قال علي أولادي وأولاد أولادي بمن ينسب إلى قبلي فكذلك (فصل) والمستحب أن يقسم الوقف على أولاده على حسب قسمة الله تعالى الميراث بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين وقال القاضي المستحب التسوية بين الذكر والأنثى لأن القصد القرابة على وجه الدوام وقد استؤوا في القرابة

ولنا أنه إيصال المال إليهم فينبغي أن يكون بينهم على حسب الميراث كالعطية ولأن الذكر في مظنة الحاجة أكثر من الأنثى لأن كل واحد منهما في العادة يتزوج ويكون له الولد فالذكر تحب عليه نفقة أسرته وأولاده والمرأة تنفق عليها زوجها ولا تلزمها نفقة أولادها وقد فضل الله تعالى الذكر على الأنثى في الميراث على وفق هذا المعنى فيصح تعليله به ويتعدى إلى الوقف والعطايا والصلوات وما ذكره

٢٢٦ قول محمد بن الحسن إن الوقف إذا خرب عاد إلى ملك واقفه (المنقذ والشرح الكبير)

يحمل عليها وأب أو تكون الرغبة في تاجها أو حصاناً يتخذ للطراق فإنه يجوز بيعها ويشتري بثمنها ما يصلح للغزو نص عليه أحمد وقال محمد بن الحسن إذا خرب المسجد والوقف عاد إلى ملك واقفه لأن الوقف إنما هو تسبيل المنفعة فإذا زالت منفعته زال حق الموقوف عليه منه فزال ملكه عنه وقال مالك والشافعي لا يجوز بيع شيء من ذلك لقول رسول الله ﷺ لا يباع أصلها ولا تبناع ولا توهب ولا تورث ، ولأن مالا يجوز بيعه مع بقاء منافعه لا يجوز بيعه مع بقاء تعطيلها كالعتق والمسجد أشبه الأشياء بالمعتق ولنا ما روي أن عمر رضي الله عنه كتب إلى سعد لما بلغه أنه قد تقب بيت المال الذي بالكوفة أنقل المسجد الذي باليمن وأجعل بيت المال في قبلة المسجد فإنه إن يزال في المسجد مصل وكان هذا بمشهد من الصحابة ولم يظهر خلافه فكان إجماعاً ، ولأن فيما ذكرناه استبقاء الوقف بمعناه عند تعذر إبقائه بصورته فوجب ذلك كما لو استولد الجارية الموقوفة أو قبلها أو قبلها غيره ، قال ابن عقيل الوقف مؤبد فإذا لم يمكن تأييده على وجه يخصصه استبقاء الغرض وهو الانتفاع على الدوام في عين أخرى وإبصال الأبدال جرى مجرى الأعيان وجمودنا على العين مع تعطيلها تضيق للغرض ويترتب هذان المدي إذا عطب في السفر فإنه يذبح في الحال وإن كان يخصص بموضع ، فلما تعذر تحصيل الغرض بالكلية استوفى منه ما يمكن وترك مراعاة المحل الخاص عند تعذره لأن مراعاته مع تعذره تفضي إلى فوات الانتفاع بالكلية وهكذا الوقف المعطل المنافع

القاضي لا أصل له وهو ملغي بالميراث والعطية وإن خالف فسوى بين الذكر والأنثى أو فضلها عليه أو فضل بعض البنين أو بعض البنات على بعض أو خص بعضهم بالوقف دون بعض فقال أحمد في رواية محمد بن الحكم إن كان على طريق الأثرة فأكرهه ، وإن كان على أن بعضهم له عيال وبه حاجة يعني فلا بأس به . ووجه ذلك أن الزبير خص المردودة من بناءه دون المستغنية منهن بصدقته وعلى قياس قول أحمد لو خص المشتغلين بالعلم من أولاده بوقفه تحريضاً لهم على طلبه ، أو ذا الدين دون النفاق أو المريض أو من له فضيلة من أجل فضيلته فلا بأس وقد دل على ذلك أن أبا بكر رضي الله عنه نحل عائشة جذاذ عشرين وسقاً دون بسائر ولده وحديث عمر أنه كتب (بسم الله الرحمن الرحيم) هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث أن ثمننا وصرمة بن الأكوع العبد الذي فيه والمائة سهم التي بخير ورقيقه الذي فيه الذي أطعمه محمد صلى الله عليه وسلم بالواد ثلثه حفصة ما عاشت ثم يليه ذو الرأي من أهلها أن لا يباع ولا يشتري بنفسه حيث رأى من السائل والمحروم وذوي القربى لا حرج على من وليه إن أكل أو آكل أو اشترى رقيقاً منه رواه أبو داود فيه دليل على تخصيص حفصة دون أخوتها وأخواتها

(مسئلة) (وان وقف على بنه أو بني فلان فهو للذكور خاصة دون الاناث والخائى عند الجمهور) وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال الحسن وأحق وأبو ثور هو للذكر والأنثى جميعاً لأنه لو وقف على

ولنا علي محمد بن الحسن أنه إزالة ملك على وجه القرية فلا يعود إلى مالكه باختلافه
وذهاب منافعه كالتنق

(فصل) وظاهر كلام الحرفي أن الوقف إذا بيع فأبي شيء اشترى بشئ مما يرد على أهل الوقف
جاء سواء كان من جنسه أو من غير جنسه لأن المقصود المنفعة لا الجنس لكن تكون المنفعة مصروفة
إلى المصلحة التي كانت الأولى تصرف فيها لأنه لا يجوز تغيير المصروف مع إمكان المحافظة عليه كما
لا يجوز تغيير الوقف بالبيع مع إمكان الانتفاع به

(فصل) وإذا لم يف من الفرس الحبيس لشراء فرس أخرى أدين به في شراء فرس حبيس يكون
بعض الثمن نص عليه أحمد لأن المقصود استبقاء منفعة الوقف الممكن استبقاؤها وصيانتها عن الضياع
ولا سبيل إلى ذلك إلا بهذه الطريق

(فصل) وإن لم تتعطل مصلحة الوقف بالكلية لكن قلت وكان غيره أنفع منه وأكثر ردا على
أهل الوقف لم يجوز بيعه لأن الأصل تحريم البيع وإنما أبيع للضرورة صيانة لمقصود الوقف عن الضياع
مع إمكان تحصيله ومع الانتفاع وإن قل ما يضيع المقصود المهم إلا أن يبلغ في قلة النفع إلى حد لا يعد
نفعاً فيكون وجود ذلك كالمعدم

بني فلان أو أوصى لهم وهم قبيلة دخل فيه الذكر والانثى وقال الثوري إن كانوا ذكوراً وإنثاً فهو
بينهم وإن كن بنات لا ذكر معهن فلا شيء لمن لأنه متى اجتمع الذكور والاناث غلب لفظ التذكير
ودخل فيه الاناث كلفظ المسلمين

ولنا أن لفظ البنين يختص بالذكر قال الله تعالى (أصطفى البنات علي البنين) وقال تعالى (أم اتخذ
بما يخلق بنات وأصفاكم بالبنين؟) وقال تعالى (زين الله للناس حب الشهوات من النساء والبنين) وقال تعالى
(الرجال والنون زينة الحياة الدنيا) وقد أخبر أنهم لا يشتهون البنات فقال (ويجعلون لله البنات سبحانه ولم
ما يشتهون) وإنما دخلوا في الاسم إذا صاروا قبيلة لأن الاسم نقل فيهم عن الحقيقة إلى العرف ولهذا
تقول المرأة أنا من بني فلان إذا انتسبت إلى القبيلة ولا تقول ذلك إذا انتسبت إلى أبيها، قلنا إن
وقف على بناته أو وصى لمن دخل فيه البنات دون غيرهن ولا يدخل فيهن الحنثي المشكل لأنه لا يعلم
كونه انثى لا نعلم في ذلك خلافاً

﴿ مسألة ﴾ إلا أن يكونوا قبيلة فيدخل فيه النساء دون أولادهن من غيرهم أما إذا وقف علي
بني فلان أو ولد فلان وهم قبيلة كبني هاشم ونعيم فإنه يدخل فيه الذكر والانثى والحنثي ويدخل ولد
الرجل معه ولا يدخل فيه ولد بناتهم من غيرهم لأن اسم القبيلة يشتمل ذكرها وانثاها قال الله تعالى
(يا بني آدم-ولقد كرمنا بني آدم) يريد الجميع وروي أن جوارى بني النجار ولهن نحن جوار من بني
النجار يا حبذا محمد من جار ويقال امرأته من بني هاشم ولا يدخل ولد البنات فيهم لأنهم لا ينتسبون إلى القبيلة

(فصل) قال أحمد في رواية أبي داود في مسجد أراد أهله رفعه من الأرض ويجعل تحتها سقاية وحوائيت فامتنع بعضهم من ذلك: فينظر الى قول أكثرهم واختلاف أصحابنا في تأويل كلام أحمد فذهب ابن حامد إلى أن هذا في مسجد أراد أهله انشاء ابتداء واختلفوا كيف يعمل؟ وسماه مسجداً قبل بنائه تجوزاً لأن ماله إليه أما بعد كونه مسجداً لا يجوز جعله سقاية ولا حوائيت، وذهب القاضي إلى ظاهر اللفظ وهو أنه كان مسجداً فأراد أهله رفعه وجعل ماتحته سقاية لحاجتهم إلى ذلك والاول أصبح وأولى، وإن خالف الظاهر فإن المسجد لا يجوز نقله وابداله وبيع ساحته وجعلها سقاية وحوائيت الا عند تعذر الانتفاع به، والحاجة الى سقاية وحوائيت لا تعطل نفع المسجد فلا يجوز صرفه في ذلك ولو جاز جعل أسفل المسجد سقاية وحوائيت لهذه الحاجة لجاز تخريب المسجد وجعله سقاية وحوائيت ويجعل بدله مسجداً في موضع آخر، وقال أحمد في رواية بكر بن محمد عن أبيه في مسجد ليس بمحصين من الكلاب وله منارة فرخصي في نقضها وبناء حائط المسجد بها المصاحفة

(فصل) ولا يجوز أن يغرس في المسجد شجرة نص عليه أحمد وقال إن كانت غرست النخلة بعد أن صار مسجداً فهذه غرست بغير حق فلا أحب الأكل منها ولو قلعها الإمام لجاز وذلك لأن المسجد لم يبن لهذا وإنما بني لذكر الله والصلاة وقراءة القرآن ولأن الشجرة تؤذى المسجد وتمنع المصلين من الصلاة في موضعها ويسقط ورقها في المسجد وتزهرها وتقط عليها العصائير والطير فتبول في المسجد

(مسألة) (وإن وقف على قرابته أو قرابة فلان فهو ذكراً والآنثى من أولاده وأولاد أبيه وجده)

أيه لأن النبي ﷺ لم يجاوز بني هاشم بسهم ذري أقربي (وجعل ذلك أن الرجل إذا وقف على قرابته أو قرابة فلان صرف الوقف الى الذكر والآنثى من أولاده وأولاد أبيه وجده وجد أبيه ويستوي فيه الذكر والآنثى ولا ينصرف الى من هو أبعد منهم شيء لأن الله تعالى لما قال (ما أنا الله على رسوله من أهل القرى) فإلهي ولذي القربى يعني قربي النبي ﷺ أعطى النبي ﷺ أولاده وأولاد عبد المطلب وأولاد هاشم ذكراً وأنثى ولم يعط من هو أبعد منهم كبن عبد شمس وبني نوفل شيئاً إلا أنه أعطى بني المطلب بن عبد مناف وعل عطيتهم بأنهم لم يفارقوا بني هاشم في جاهلية ولا إسلام ولم يعط قرابة أمه وهم بنو زهرة شيئاً ولم يعط منهم الا مسلماً فحمل مطلق كلام الواقف على ما حمل عليه المطلق من كلام الله تعالى وفسر بما فسر به وبسوي بين قريتهم وبعيدهم وذكراً وأنثى لأن الله يسميهم وبين الكبير والصغير والغني والفقير لذلك ولا يدخل فيه الكفار لأنهم لم يدخلوا في المستحق من قربي النبي ﷺ وهذا اختيار الحرقي وقد نقل عبد الله وضاح عن أبيهما رواية أخرى أنه يصرف إلى قرابة أمه إن كان يصلهم في حياته فآخرته من أمه وأخوانه وخالاته، وإن كان لا يصلهم في حياته لم يعطوا شيئاً لأن صلته أيام في حياته قرينة دالة على إرادتهم بصلته هذه

وربما اجتمع الصبيان في المسجد من أجلها ورموها بالحجارة ليسقط ثمرها ، فأما ان كانت النخلة في أرض فجعلها صاحبها مسجداً والنخلة فيها فلا بأس ، قال أحمد في موضع لا بأس يعني أن يبيعها ابن الجيران ، وقال في رواية أبي طالب في النخلة لا تباع وتجعل للمسلمين وأهل الدرب يأكلونها وذلك والله أعلم لان صاحب الأرض لما جعلها مسجداً والنخلة فيها فقد وقف الأرض والنخلة معها ولم يبين مصرفها فصارت كالوقف المطابق الذي لم يبين له مصرف وقد ذكرنا فيه في إحدى الروايات أنه للمساكين فأما ان قال صاحبها هذه وقف على المسجد فيذبحي أن يباع ثمرها ويصرف اليه كما لو وقفها على المسجد وهي في غيره ، قال أبو الخطاب ينبغي أن المسجد اذا احتاج الى ثمر الشجرة يبعث ومصرف ثمنها في عمارته قال وقول أحمد يأكلها الجيران محمول على أنهم يعرفونه

(فصل) وما فضل من حصر المسجد وزيتا ولم يحتج اليه جاز أن يجعل في مسجد آخر أو يتصدق من ذلك على فقراء جيرانه وغيرهم وكذلك ان فضل من قصبه أو شيء من نقضه ، قال أحمد في مسجد بني فقي من خشبه أو قصبه أو شيء من نقضه فقال يعان به في مسجد آخر أو كما قال . وقال المروزي سألت أبا عبد الله عن يوارى المسجد اذا فضل منه شيء أو الخشبة قال يتصدق به وأرى انه قد احتج بكسوة البيت اذا تحرق تصدق بها ، وقال في موضع آخر قد كان شيعة يتصدق بخلقان الكهية

وعنه رواية نائلة أنه يجاوز بها أربعة آباء ذكرها ابن أبي موسى في الارشاد وهي تدل على أن لفظه لا يقتيد بالقيد الذي ذكرناه فعلى هذا يعطى كل من يعرف بقرابته من قبل آبيه وأمه الذين ينتسبون الى الاب الادنى ، وهذا مذهب الشافعي لانهم قرابة فيتناولهم الاسم ويدخلون في عمومه واعطاء النبي ﷺ بعض قرابته تخصيصاً لا يمنع من العمل بالعموم في غير هذا الموضع وقال أبو حنيفة قرابته كل ذي رحم محرم فيعطي من أدنام اثنان فصاعداً فاذا كان له عم وخالان أعطى عمه النصف وخاليه النصف . هكذا روي عنه فيما اذا أوصى لقرابته . وقال قتادة : للاعمام الثلث وللأخوال الثلث وهو قول الحسن ، قال ويزاد الاقرب بعض الزيادة ، وقال مالك يقدم على الاقرب فالاقرب بالاجتهاد

ولنا أن هذا له عرف في الشرع وهو ما ذكرناه فيجب حمله عليه وتقديمه على العرف القوي كالوضوء والصلاة والصوم والحج ولا وجه لتخصيصه بذوي الرحم المحرم فان اسم القرابة يقع على غيرهم عرفاً وشرعاً وقد يحرم على الرجل ربيته وأمهات نسائه ولا قرابة لهم وتحل له ابنة عمه وخاله وهن من أقاربه وما ذكروه من التفضيل لا يقتضيه اللفظ ولا يدل عليه دليل فالمصير اليه تحريم . فأما ان كان في لفظه ما يدل على ارادة قرابة أمة كقوله وتفضل قرابتي من جهة أبي على قرابتي من جهة أمي أو قوله إلا ابن خالتي فلانا أو نحو ذلك أو قرينة تخرج بعضهم هل بما دلت عليه القرينة لانها تصرف اللفظ عن ظاهره الى غيره

وروى الخلال بإسناده عن علقمة عن أمه أن شيبه بن عثمان المجبي جاء إلى عائشة رضي الله عنها فقال يا أم المؤمنين إن ثياب الكعبة تكثر عليها فنزعها فنحفر لها آباراً فندفنها فيها حتى لا تلبسها الخائض والجنب قالت عائشة بئس ما صنعت ولم تصب، إن ثياب الكعبة إذا نزع لم يضرها من لبسها من خائض أو جنب ولكن لو بعثنا وجعلت ثيابها في مبيع الله والمساكين فكان شيبه يبعث بها إلى اليمن فتباع فيضع ثمنها حيث أمرته عائشة وهذه قصة مثلاً ينتشر ولم ينكر فيكون إجماعاً، ولأنه مال الله تعالى لم يبق له مصرف فصرف إلى المساكين كالوقف المنقطع

(فصل) إذا جنى الوقف جناية توجب القصص وجب سواء كانت الجناية على الوقف عليه أو على غيره فإن قتل بطل الوقف فيه وإن قطع كان باقيه وقفاً كما لو تاف بفعل الله تعالى وإن كانت الجناية موجبة للمال لم يمكن تعلّقها برقبته لأنه لا يمكن بيعها ويجب إرثها على الموقوف عليه لأنه ملكه تعلق إرثه برقبته فكان على مالكه كأم الولد ولا يلزمه أكثر من قيمته كأم الولد، وإن قلنا الوقف لا يملك فالأرض في كسبه لأنه تعذر تعلقه برقبته لكونها لا تباع وبالموقوف عليه لأنه لا يملك فكان في كسبه كالميراث يكون في ماله ويحتمل أن يكون في بيت المال كإرث جناية الحر الممسور وهذا احتمال ضعيف جداً فإن الجناية إنما تكون في بيت المال في صورة تحملها العاقلة عند عدمها وجناية العبد لا تحملها العاقلة وإن كان الوقف على المساكين فينبغي أن يكون الأرض في كسبه لأنه ليس له مستحق معين يمكن إيجاب الأرض عليه ولا يمكن تعلقه برقبته لتعذر بيعها فتعين في كسبه ويحتمل أن يجب في بيت المال

(مسئلة) (وأهل بيته بمنزلة قرابته وقال الخرقي يعطى من قبل أبيه وأمه)

المنصوص عن أحمد رحمه الله أن أهل بيته بمنزلة قرابته فإنه قال في رواية عبد الله إذا رعى بثلك ماله لأهل بيته فهو بمثابة قوله لقرايتي، رحمه الله ابن المنذر عن أحمد وقال قل أحمد قال النبي ﷺ «لا تحمل الصدقة في أهل بيتي» فجعل سهم ذوي القربى لهم عوضاً عن الصدقة التي حرمت عليهم فكان ذوي القربى الذين ساهم الله تعالى هم أهل بيته الذين حرمت عليهم الصدقة وذكر حديث زيد بن أرقم أن النبي ﷺ قال «أذكركم الله في أهل بيتي» قال قلنا من أهل بيته نسأله؟ قال لا أصله وعشيرته الذين حرمت عليهم الصدقة بعده آل علي وآل عقيل وآل جعفر وآل عباس قال القاضي قال ثعلب أهل البيت عند العرب آباء الرجل وأولادهم كالآجداد والأعمام وأولادهم ويستوي فيه الذكور والإناث وذكر القاضي أن أولاد الرجل لا يدخلون في اسم القرابة والأهل بيته وليس هذا بشيء فإن ولد النبي ﷺ من أهل بيته وإقاربه الذين حرّموا الصدقة وأعطوا من سهم ذوي القربى وهم أقرب أقاربه فكيف لا يكونون من أقاربه؟ وقد قال النبي ﷺ لفاطمة وولديها وزوجها «الهم هؤلاء أهل بيتي فاذهب عنهم الرجس وطهرهم تطهيراً» ولو وقف على أقارب رجل أو رعى لا قاربه دخل فيه وولده بشير خلاف علمناه والخرقي قد عدّهم في القرابة بقوله لا يجاوز به أربعة لأن النبي ﷺ لم يجاوز بني هاشم بسهم ذوي

(فصل) وان جنى على الوقف جناية موجبة للمال وجب لان ماله لم تبطل ولو بطلت ماله لم يبطل أرض الجناية عليه فاز الحر يجب أرض الجناية عليه فان قتل وجبت قيمته وليس للوقوف عليه العفو عنها لانه لا يختص بها وبشئى بها مثل المجنى عليه يكون وقفاً ، وقال بعض الشافعية يختص الموقوف عليه بالقيمة ان قلنا انه ملك الموقوف لانه بدل ملكه

ولنا انه ملك لا يختص به فلم يختص ببدله كالعبد المشترك والمرهون وبين عدم الاختصاص ظاهر فانه يتعلق به حق البطن الثاني فلم يجوز إبطاله ولا نعلم قدر ما يستحق هذا منه فنعفوا عنه فلم يصح العفو عن شيء منه كالمو أتل رجل رهنا أخذت منه قيمة فجعلت رهنا ، ولم يصح عفو واحد منهما عنه ، وان كانت الجناية عمداً محضاً من مكافئ له فالظاهر انه لا يجب القصاص لانه محل لا يختص به الموقوف عليه فلم يجوز أن يقتض من قاتله كالعبد المشترك ، وقال بعض أصحاب الشافعي يكون ذلك إلى الامام فان قطعت يد العبد او طرف من أطرافه فالقصاص له وله استيفاؤه لانه لا يشارك فيه غيره وان كان القاطع لا يوجب القصاص او يوجب ففنى عنه وجب نصف قيمته ، فان أمكن أن يشتري بها عبد كامل والا اشترى بها شقص من عبد

(فصل) ويجوز نزوح الامة الموقوفة لانه عقد عقد على منفعتها أشبه الاجارة ، ولان الموقوف

القريب فجعل هاشما الاب الرابع ولا يكون رابعاً الا ان يعد النبي صلى الله عليه وسلم ابا لان هاشما اما هو رابع النبي صلى الله عليه وسلم ووجه قول الحرق ان امه من اهل بيته فكذلك أقاربها من اولادها وابويها واخوتها واخواتها

(مسألة) (وقومه ونسباؤه كقرابته لان قوم الرجل قبيلته وهم نسباؤه)

قال الشاعر :

قللت لما أمارفتي قومه نيم وأما لمرقي فبات

وقال أبو بكر هو بمثابة أهل بيته لان أهل بيته أقاربه وأقاربه قومه ونسباؤه وقال القاضي إذا قال لرحي أو لأرحامي أو لنسبائي أو لمناسبي صرف الى قرابته من قبل أبيه وأمه ويتعدى ذلك الاب الخامس فعلى هذا يصرف الى كل من يرث بفرض أو تعصيب أو بالرحم في حال من الاحوال قال شيخنا وقول أبي بكر في المناسبين أولى من قول القاضي لان ذلك في العرف على من كان من العشيرة التي ينتسبان اليها واذا كان كل واحد منها ينتسب إلى قبيلة غير قبيلة صاحبه فليس بمناسب له .

(فصل) وآله مثل قرابته فان في بعض النماذج حديث زيد بن أرقم عن آل رسول الله ﷺ قال أصله وعشيرته الذين حرموا الصدقة بعده آل علي وآل عباس وآل جعفر وآل عذيل والأصل في آل أهل فقلت الماء همزة كما قالوا هزمت الماء ، وارتقه ومدت لئلا يجتمع همزتان

عليه لإيمالك استقينا. هذه المنفعة فلا يتضرر بتمايلك غيره إياها ووليها الموقوف عليها ملكه والمهر له لانه بدل نفعا أشبه الاجر في الاجارة ، ويحتمل أن لا يجوز تزويجها لانه عقد على نفعا في العمر فيفضي إلى تفويت نفعا في حق البطن الثاني ولان النكاح يتعلق به حقوق من وجوب تمكين الزوج من استمتاعها ومبيتها عنده فنفوت خدمتها في الليل على البطن الثاني إلا أن تطلب التزويج فيتمين تزويجها لانه حق لها طلبه فتعين الاجابة اليه وما فات من الحق به فات تبعا لا يفاؤها حقها فوجب ذلك كما يجب تزويج الأمة غير الموقوفة إذا طلبت ذلك وإذا زوجها فولدت من الزوج فولدتها وقف معها لان ولد كل ذات رحم ثبت لها حرمة حكمها كالم ولد والمكاتبه ، وان أكرها أجنبي فوطئها أو طأوعته فعليه الحد إذا انتفت الشبهة وعليه المهر لاهل الوقف لانه وطئ جارية غيره أشبه الأمة المطلقة وولدها يكون وقفا معها ، وان وطئها بشبهة بمتقدها حرة فالولد حر ولو كان الواطئ عبداً وتجب قيمته لانه كان من سبيله أن يكون مملوكاً فمنعه اعتقاد الحرية من الرق فوجب قيمته يشترى بها عبد يكون رقيقاً وتعتبر قيمته يوم تضعه حياً لانه لا يمكن تقويمه قبل ذلك

(فصل) وليس للموقوف عليه وطء الأمة الموقوفة لاننا لانأمن حبلها فتتص او تناف او تخرج من الوقف بكونها ام ولد ولان ملكه ناتهى فان وطئ فلا حد عليه للشبهة ولا مهر عليه لانه لو وجب لوجب له ولا يجب للانسان شيء على نفسه والولد حر لانه من وطئ شبهة وعليه قيمة الولد بشرى
(مسألة) (والعتره هم العشيرة الادنون في عرف الناس وولده الذكور والاناث وإن سفلوا فسرهم ابن قتيبة وقد توقف أحمد في ذلك وقال ثعلب وابن الاعرابي العتره الاولاد وأولاد الاولاد ولم يدخلوا في ذلك العشيرة والاول أصح وأشهر في عرف الناس ووجه الاول قول أبي بكر رضي الله عنه في محفل من أصحاب رسول الله ﷺ نحن عتره رسول الله ﷺ وبنيته التي تفقت عنه فلم ينكره أحد وهم أهل اللسان فلا يعول على ما خالفه

(مسألة) (وذوو رحمه كل قرابة له من جهة لا بآه والامهات)

قال القاضي بنصرف الى قرابته من جهة أبيه وأمه ويتعدى ولد الابن الخامس وقد ذكرنا ذلك في مسألة القوم والنسب

(مسألة) (والايامى والعزاب من لا زوج له من الرجال والنساء)

ذكره أصحابنا قال شيخنا ويحتمل أن يختص اسم الایامی النساء اللاتي لا أزواج لهن قال الله تعالى (وأنكحوا الایامی منكم) وفي الحديث « أعوذ بالله من بوار الایم » ووجه الاول ما روى سعيد بن المسيب أنه قال : آمت حنيفة بنت عمر من زوجها وآم عثمان من رقية قال الشاعر :

فان تنكحي انكح وان تنأيمي وان كنت أفتى منكم أنايم

وقول شيخنا أولى لان العرف يختص النساء بهذا الاسم والحكم للعرف ولان قول النبي

(المغني والشرح الكبير) اذا حصل في يد بعض أهل الوقف خمسة اوسق ففيه الزكاة ٢٣٣

بها عبد مكانه وتصبح أم ولد لانه أحبها بحر في ملكه فاذا مات عتقت ووجبت قيمتها في تركته لانه أنفذها على من بعده من البطون فيشتري بها جارية تكون وقفا مكانها وان قلنا ان الموقوف عليه لا يملكها لم تصرف أم ولد له لانها غير مملوكة له

(فصل) وان أعتق العبد الموقوف لم ينفذ عتقه لانه يتعلق به حق غيره ولان الوقف لازم فلا يمكن إبطاله ، وان كان نصف العبد وقفاً ونصفه طلقاً فاعتق صاحب الطاق لم يسر عتقه إلى الوقف لانه إذا لم يعتق بالمباشرة فبالسراية أولى

(مسئلة) قال (واذا حصل في يد بعض أهل الوقف خمسة أوسق ففيه الزكاة واذا صار الوقف المساكين فلا زكاة فيه)

وجملة ذلك ان الوقف إذا كان شجراً فأثمر أو أرضاً فزرعت وكان الوقف على قوم باعياهم فحصل لبعضهم من الثمرة أو الحب نصيب ففيه الزكاة وبهذا قال مالك والشافعي وروى عن طارس ومكحول لا زكاة فيه لان الارض ليست مملوكة لهم فلم تجب عليهم زكاة في الخارج منها كالمساكين ولنا انه استغل من أرضه أو شجره نصيباً فلزمته زكاته كغير الوقف بحقه ان الوقف الاصل والثمره طلق والمالك فيها تام له التصرف فيها بجميع التعريفات وتورث عنه فتجب فيها الزكاة كالحاصلة

والله اعوذ بالله من بوار الایم اما أراد به النساء وأما العزاب فهم الذين لا أزواج لهم من الرجال والنساء يقال رجل عزب وامرأة عزبة قاله ثعلب وانما سمي عزباً لانفراده ويحتمل أن يختص الایمی بالنساء والعزاب بالرجال ولذلك يقال امرأة أيم بغير هاء ولا يقال أیمة ولو كان الرجل مشاركا لها لقليل أيم وأیمة مثل قائم وقائمة ولان العرف ان العزب يختص بالرجل

(مسئلة) (فأما الارامل فمن النساء اللاتي فارقن أزواجهن بموت أو غيره قال أحمد في رواية حرب وقد سئل عن رجل وصى لارامل بني فلان فقال قد اختلف الناس فيها فقال قوم للرجال والنساء والذي يعرف من كلام الناس أن الارامل النساء وقال الشعبي وأصح هو للرجال والنساء وانشد هذي الارامل قد قضيت حاجتها فمن لحاجة هذا الارمل الذکر ؟

وقال آخر

أحب أن اصطاد ضباً سحجلاً رعى الریسم والشتاء أرملاً

ووجه الاول أن المعروف من كلام الناس أنه للنساء فلا يحمل اللفظ الا عليه ولان الارامل جمع أرملة فلا يكون جمعاً للذكر لان ما يختلف لفظ الذکر والانی في واحد يختلف في جمعه وقد أنكر ابن الأنباري على قائل القول الاول وخطأ فيه والشعر الذي احتج به حجة عليه فانه لو كان لفظ

(الجزء السادس)

(٣٠)

(المغني والشرح الكبير)

من أرض مستأجرة له ، وقولهم ان الارض غير مملوكة له ممنوع وان سلمنا ذلك فهو مالك لمنفعتهما ويكفي ذلك في وجوب الزكاة بدليل الارض المستأجرة ، أما المساكين فلا زكاة عليهم فيما يحصل في أيديهم سواء حصل في يد بعضهم نصاب من الحبوب والثمار أو لم يحصل . ولا زكاة عليهم قبل تفريقها وان بلغت نصابا لان الوقف على المساكين لا يتعين لواحد منهم بدليل ان كل واحد منهم يجوز حرمانه والدفع الى غيره وانما ثبت الملك فيه بالدفع والقبض لما أعطيه من غلته ملكا مستأنفا فلم تجب عليه فيه زكاة كالذي يدفع اليه من الزكاة ، وكألو وهبه أو اشتراه وفارق الوقف على قوم بأعيانهم فانه يعين لكل واحد منهم حق في نفع الارض وغلتها ولهذا يجب إعطاؤه ولا يجوز حرمانه

(فصل) ويصح الوقف على القبيلة العظيمة كقرش وبني هاشم وبني تميم وبني وائل ونحوهم ، ويجوز الوقف على المسلمين كلهم وعلى أهل إقليم ومدينة كالشام ودمشق ونحوهم ، ويجوز الرجل أن يقف على عشيرته وأهل مدينته . وقال الشافعي في أحد قولي لا يصح الوقف على من لا يمكن استيعابهم وحصرهم في غير المساكين وأشباههم لان هذا تصرف في حق الآدمي فلم يصح مع الجهة كما لو قال وقفت على قوم ، ولنا ان من صح الوقف عليه اذا كان عدده محصيا صح وان لم يكن محصيا كالفقراء والمساكين وما ذكره يطل بالوقف على الفقراء والمساكين ومتى كان الوقف على من لا يمكن حصرهم فلا زكاة على واحد منهم فيما يصح له لما ذكرناه في المساكين ولا في جملة الوقف لما ذكرناه من قبل

الارامل يشمل الذكر والانثى لقول حاجتهم إذ لا خلاف بين أهل اللسان في أن اللفظ متى كان لذكر والانثى ثم رد عليه ضمير غلب فيه لفظ التذكير وضميره فلما رد الضمير على الاناث علم أنه موضوع لمن على الانفراد وسمي نفسه أرملًا منجوزًا وتشبيهاً بهن ولذلك وصف نفسه بأنه ذكر وكذلك الشعر الآخر وبدل على ارادة المجاز أن اللفظ عند اطلاقه لا يفهم منه الا النساء ولا يسمى به في العرف غيرهن وهذا دليل على أنه لم يوضع لغيرهن ، ثم لو ثبت أنا في الحقيقة للنساء والرجال لكن أهل العرف قد خصوا به النساء وتركوا الحقيقة حتى صارت مجهزة لا تفهم من لفظ المتكلم ولا يتعاق بها حكم كسائر الالفاظ العرفية (فصل) وان وقف على اخوانه فهو للاناث خاصة وان وقف على اخوته دخل فيه الذكر والانثى جميعا لان الله تعالى قال (وان كانوا اخوة رجالا ونساء) وقال (فان كان له اخوة فلا يمه السدس) واجمع العلماء على حجبها بالذكر والانثى وان قال لعمومته فالظاهر أنه مثل الاخوة لا يشمل الذكر والانثى لانهم اخوة أيه وان قال لبني اخوتي أو لبني عمه فهو لذكر دون الاناث اذا لم يكونوا قبيلة والفرق بينهما أن الاخوة والعمومة ليس لهما لفظ موضوع يشمل الذكر والانثى سوى هذا اللفظ وهو الاخوة والعم لهم لفظ يشمل الجميع وهو لفظ الاولاد فاذا عدل عن اللفظ العام الى لفظ البنين دل على ارادة الذكر ولان لفظ العمومة أشبه بلفظ الاخوة ولفظ بني الاخوة والعم يشبه بني فلان وقد دللنا عليهما والحكم في تناول اللفظ ليعيد من العمومة وبني العم والاخوة حكم ما ذكرنا في ولد الولد مع القرينة وعدها في المسائل المتقدمة

﴿مسئلة﴾ قل (وما لا ينتفع به الا بالأئلاف مثل الذهب والورق والمأكول والمشروب فوقه غير جائز)

وجاءه ان ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالذناير والدراهم والمطعم والمشروب والشمع وأشباؤه لا يصح وقفه في قول عامة الفقهاء وأهل العلم إلا شيئاً يحكى عن مالك والأوزاعي في وقف الطعام أنه يجوز ولم يحكى أصحاب مالك وليس بصحيح لأن الوقف تحييس الأصل وتسبيل الثمرة وما لا ينتفع به الا بالأئلاف لا يصح فيه ذلك ، وقيل في الدراهم والذناير يصح وقفها على قول من أجاز إجارتها ولا يصح لأن تلك المنفعة ليست المقصود الذي خلقت له الأئمان ولهذا لا تضمن في الفصب فلم يجوز الوقف له كوقف الشجر على نشر الثياب والغنم على دوس الطين والشمع ليتجمل به

(فصل) والمراد بالذهب والنضة ههنا الدراهم والذناير وما ليس بحلي لأن ذلك هو الذي ينفق بالانتفاع به ، أما الحلي فيصح وقفه للباس والعارية لما روى نافع قال أتباع حفصة حلياً بشرين ألفاً فحبسته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكاته ، رواه الحلال بأسناده ، ولأنه عين يمكن الانتفاع بها مع بقاءها دائماً فصح وقفها كالمقار ولأنه يصح تحييس أصلها وتسبيل الثمرة فصح وقفها كالمقار وهذا قال الشافعي وقد روي عن أحمد أنه لا يصح وقفها ، وأنكر الحديث عن حفصة في وقفه وذكره ابن

﴿مسئلة﴾ (وان وقف على أهل قريته أو قرابته لم يدخل فيهم من يخالف دينه وفيه وجه آخر أن المسلم يدخل فيه وان كان الواقف كافراً)

وجملة ذلك أن الانسان اذا وقف على أهل قريته أو قرابته أو أتى بلفظ عام يدخل فيه المسلمون والكفار والواقف مسلم فهو المسلمون خاصة ولا شيء للكفار وقال الشافعي يدخل فيه الكفار لأن اللفظ يتناولهم بعمومه ولنا أن الله تعالى قال (يوصيكم الله في أولادكم) فلم يدخل فيه الكفار اذا كان الميت مسلماً واذا لم يدخلوا في لفظ القرآن مع عمومهم لم يدخلوا في لفظ الواقف ولأن ظاهر حاله لا يريد الكفار لما بينه وبينهم من عداوة الدين وعدم الوصلة المانع من الميراث ووجوب النفقة ولذلك خرجوا من عموم اللفظ في الأولاد والاخوة والازواج وسائر الأناط العامة في الميراث فكذا ههنا ، فان مرح بهم دخلوا لأن إخراجهم يترك به صريح لئال وهو أقوى من قرينة الحال ، وان وقف عليهم وأهل القرية كلهم كفار أو وقف على قرابته وكلهم كفار دخلوا لأنه لا يمكن تخصيصهم اذ في إخراجهم رفع اللفظ بالسكينة ، فان كان فيها مسلم واحد والباقي كفار دخلوا أيضاً لأن إخراجهم ههنا بالتخصيص بعيد وفيه مخالفة الظاهر من وجهين (أحدهما) مخالفة لفظ العموم (والثاني) حمل اللفظ الدال على الجمع على المفرد ، وإن كان الأكثر كفاراً فهو للمسلمين في ظاهر كلام الحنفية لأنه يمكن حمل اللفظ عليهم ومصرفه اليهم والتخصيص يصح وإن كان بإخراج الأكثر ويحتمل أن يدخل الكفار في الوصية لأن التخصيص في مثل هذا بعيد فان تخصيص الصورة النادرة قريب وتخصيص الأكثر بعيد يحتاج إلى دليل قوي

أبي موسى الا أن القاضي تأوله على أنه لا يصح الحديث فيه ، ووجه هذه الرواية ان التحلي ليس هو المقصود الاصيل من الاثمان فلم يصح وقفها عليه كما لو وقف الدنانير والدرام ، والاول هو المذهب لما ذكرناه والتحلي من المقاصد المهمة والعادة جارية به وقد اعتبره الشرع في إسقاط الزكاة عن متخذة وجوز إجارته لذلك وبفارق الدرام والدنانير فان العادة لم تجر بالتحلي به ولا اعتبره الشرع في إسقاط زكاته ولا ضمان نفعه في الغصب بخلاف مسئلتنا

(فصل) ولا يصح وقف الشمع لانه يتلف بالانتفاع به فهو كالماكول والمشروب ولا ما يسرع اليه الفساد من المشروبات والرياحين وأشباهاها لانها تتلف على قرب من الزمان فأشبهت المطعوم . ولا وقف ما لا يجزى بيعه كأم الولد والمرهون والكلب والخنزير وسائر سباع البهائم التي لا تصالح لصيده وجوارح الطير التي لا يصاد بها لانه قل للمالك فيها في الحياة فأشبهه البيع ولان الوقف تحييس الاصل وتسبيل المنفعة وما لا منفعة فيه لا يحصل فيه تسبيل المنفعة والكلب أبيع الانتفاع به على خلاف الاصل للضرورة فلم يجز التوسع فيها ، والمرهون في وقفه إبطال حق المرتهن منه فلم يجز إبطاله ، ولا يصح الوقف فيما ليس بمعين كعبد في الذمة ودار وسلاح لان الوقف إبطال لمعني المالك فيه فلم يصح في عبد مطلق كالعتق (فصل) قال أحمد فيمن وصى بفرس وسرج ولجام مفضض يوقف في سبيل الله فهو على ما وقف ووصي وإن بيع الفضة من السرج والجام وجعل في وقف ، مثله فهو أحب إلي لان الفضة لا ينفع بها ولعله يشترى بتلك الفضة سرجا ولجاما فيكون أنفع للمسلمين ، فقل له تباع الفضة وتجعل في نفقته ؟

والحكم في سائر الفاظ العموم كالاخوة والاعمام وبني عمه واليتامي والمساكين كالحكم في أهل قرية فاما إن كان الواقف كأنرا فإنه يتناول أهل دينه لان لفظه يتناولهم والقرينة تدل على ارادتهم فأشبهه وقف المسلم يتناول أهل دينه ، وهل يدخل فيه المسلمون ؟ ينظر فان وجدت قرينة دالة على دخولهم مثل أن لا يكون في القرية الا مسلمون دخلوا وكذلك ان لم يكن فيها الا كافر واحد وبقي أهلها مسلمون وان انتفت القرائن ففي دخولهم وجهان (أحدهما) لا يدخلون كما لو لم يدخل الكفار في وقف المسلم (والثاني) يدخلون لان عموم اللفظ يتناولهم وهم أحق بوصيته من غيرهم فلا يصرف اللفظ عن مقتضاه ومن هو أحق بحكمه الى غيره ، فان كان في القرية كافر من غير أهل دين الواقف لم يدخل لان قرينة الحال تخرجه ولم يوجد فيه ما وجد في المسلم من الاولى فبقي خارجا بحاله ويحتمل أن لا يخرج بناء على قوريث الكفار بعضهم من بعض مع اختلاف دينهم

(مسألة) (وان وقف على موابيه وله موال من فوق وموال من أسفل تناول جميعهم ، وقال ابن حامد يختص الموالى من فوق)

اذا وقف على موابيه وله موال من فوق حسب وهم معتقوه اختص الوقف بهم لان الاسم يتناولهم وقد تعينوا بوجودهم دون غيرهم ، وان لم يكن له الاموال من أسفل فهو لهم لذلك وان

قال لا ، فأباح أن يشتري بفضة السرج والاعجام سرجا ولجاءا لانه صرف لهما في جنس ما كانت عليه حين لم ينتفع بهما فيه فأشبه الفرس الحبيس إذا عطب فلم ينتفع به في الجهاد جاز بيعه وصرف ثمنه في مثله ولم يجوز ابقاؤها على الفرس لانه صرف لها الى غير جهتها

﴿ مسألة ﴾ قال (ويصح الوقف فيما عدا ذلك)

وجملة ذلك ان الذي يجوز وقفه ما جاز بيعه وجاز الانتفاع به مع بقاء عينه وكان أصلا يبقى بقاء متصلا كالعتار والحيوانات والسلاح والاثاث وأشبه ذلك . قال أحمد في رواية الاثرم : انما الوقف في الدور والارضين على ما وقف أصحاب رسول الله ﷺ ، وقال فيمن وقف خمس نخلات على مسجد لأبأس به وهذا قول الشافعي ، وقال أبو يوسف لا يجوز وقف الحيوان ولا الرقيق ولا الاكر العروضاع والسلاح والغلمان والبقر والآلة في الارض الموقوفة تبعاً لما لان الحيوان لا يقابل عليه فلم يجوز وقفه كما لو كان الوقف الى مدة ، وعن مالك في الكراع والسلاح روايتان

ولنا ان النبي ﷺ قال « اما خالد فقد احتبس ادراعه واعتاده في سبيل الله » متفق عليه ، وفي رواية « وأعتده » أخرجه البخاري قال الخطابي الاعتاد ما بعده الرجل من المركوب والسلاح وآلة الجهاد وروي ان ام معقل جاءت إلى النبي ﷺ فقالت يا رسول الله إن أبا معقل جعل ناضحه في

اجتمعوا فهو لهم جميعا يستوون فيه لان الاسم يشملهم جميعا ، وقال اصحاب الرأي الوصية باطلة لانها لغير معين وقال ابو ثور يقرع بينهما لان احدهما ليس بأولى من الآخر وقال ابن القمام هو للموالي من اسفل ، ولا اصحاب الشافعي أربعة اوجه كقولنا وكقول اصحاب الرأي (والثالث) هو للموالي من فوق لانهم اقوى لكونهم عصبة ويرثونه بخلاف عتقائه وهو قول ابن حامد (والرابع) يقف الامر حتى يصطلحوا ولنا ان الاسم يتناول الجميع فدخلوا فيه كما لو وقف على اخوته وقولهم انها لغير معين غير صحيح فان التعميم يحصل مع التعيين ولذلك لو حلف لا كملت مولاي حنث بكلام أيهم كان وقولهم ان المولى من فوق اقوى قلنا مع شمول الاسم لهم يدخل فيه الاقوى والاضعف كاخوته ولا يدخل فيه ولدالم ولا المساكين ولا الخليف ولا غير من ذكرنا لان الاسم ان تناولهم حقيقة لم يتناولهم عرفا والاسماء العرفية تقدم على الحقيقة ولا يستحق مولى الله مع وجود مواليه وقال زفر يستحق

ولنا ان مولى الله ليس بمولى له حقيقة إذا كان له مولى سواء فان لم يكن له مولى فقال الشريف ابو جعفر إذا وصى لمواليه و ليس له مولى فهو لمولى الله وقال ابو يوسف ومحمد لا شيء له لانه ليس بمولى ، واحتج الشريف بان الاسم يتناولهم مجازاً فإذا تعدت الحقيقة وجب صرف الاسم إلى المجاز والعمل به تصحيحا لكلام المكلف عند إمكان تصحيحه ولان الظاهر ارادته المجاز لكونه مجازا صحيحا وإرادة الصحيح أغلب من إرادة الفاسد فان كان له مولى أب حين الوقف ثم انقرض مواليه

سبيل الله واني أريد المح أنأركبه؟ فقال رسول الله ﷺ « اركبيه فان الحج والعمرة من سبيل الله »
ولأنه يحصل فيه تحييس الاصل وتسبيل المنفعة فصح وقفه كالمقار والفرس الحبيس ولأنه يصح وقفه مع غيره
فصح وقفه وحده كالمقار

(فصل) قال احمد رحمه الله في رجل له دار في الرض أو قطعة فأراد التنزه منها قال يقفها قال القطائع
ترجع إلى الاصل إذا جعلها للمساكين فظاهر هذا الإباحة وقف السواد وهو في الاصل وقف ومعناه ان وقفها
بطابق الاصل لأنها نصير بهذا القول وقفا

(مسألة) قال (ويصح وقف المشاع)

وبهذا قال مالك والشافعي وابو يوسف ، وقال محمد بن الحسن لا يصح وبناءه على أصله في ان
القبض شرط وان القبض لا يصح في المشاع

ولنا أن في حديث عمر أنه أصاب مائة سهم من خير واستأذن النبي ﷺ فيها فأمره بوقفها
وهذا صفة المشاع ولأنه عقد يجوز على بعض الجملة مفرزا فجاز عليه مشاعا كالبيم أو عرصة يجوز بيعها
فجاز وقفها كالفرزة ولأن الوقف تحييس الاصل وتسبيل المنفعة وهذا يحصل في المشاع كحصوله في
المفرز ولا نسلم اعتبار القبض وان سلمنا فاذا صح في البيم صح في الوقف

لم يكن لموالي الاب على مقتضى ما ذكرناه لان الاسم يتناول غيرهم فلا يعود اليهم إلا بعقد ولم يوجد
ولا يشبه هذا قوله أو صيت لا قرب الناس إلى وله ابن وابن ابن فبات الابن حيث يستحق ابن الابن
وان كان لا يستحق في حياة الابن شيئا لان الوصية ههنا الموصوف وجدت الصفة في ابن الابن كوجودها
في الابن حقيقة ، وفي المولى يقع الاسم على مولى نفسه حقيقة وعلى مولى الله مجازاً فهم وجودهما جميعا لا يحمل
اللفظ إلا على الحقيقة وهذه العفة لا توجد في مولى الله

(مسألة) (وان وقف على جماعة يمكن حصرهم واستيعابهم وجب تعميمهم والتسوية بينهم)
لان اللفظ يقتضي ذلك ، وقد أمكن الرفا به فوجب العمل بمقتضاه كقوله سبحانه (فهم شركاء في
الثلث) فانه يجب تعميم الاخوة من الام والتسوية بينهم ، ولان اللفظ يقتضي التسوية أشبه ما لو أقر لهم
(مسألة) (فان لم يمكن حصرهم كالمساكين والقبيلة الكثيرة كبنو هاشم وبنو تميم صح الوقف عليهم)
وكذلك يصح الوقف على المسلمين كاهم وعلى أهل اقليم ومدينة كالشام ودمشق ، ويجوز
لرجل أن ينف على عشيرته وأهل مدينته ، وقال الشافعي في أحد قولنا لا يصح الوقف على من لا يمكن
استيعابهم وحصرهم في غير المساكين ونحوهم لانه تصرف في حق الآدمي فلم يصح مع الجهالة كما
لو قال وقفت على قوم

ولنا أن من صح الوقف عليهم إذا كانوا محصورين صح ، وان لم يحصوا كالمقرا . وقياسهم
يطلق بالوقف على المساكين

(فصل) وإن وقف داره على جهتين مختلفتين مثل أن يقفها على أولاده وعلى المساكين نصفين أو أثلاثاً أو كيفاً كان جازاً وسواء جعل مآكل الموقوف على أولاده وعلى المساكين أو على جهة أخرى سواء لانه إذا جاز وقف الجزء مفرداً جاز وقف الجزئين ، وإن أطلق الوقف فقال وقفت داري هذه على أولادي وعلى المساكين فهي بينهما نصفين لأن إطلاق الاضائة إليهما تقتضي التسوية بين الجهتين ولا تتحقق التسوية إلا بالتصنيف وإن قال وقفتها على زيد وعمر والمساكين فهي بينهم أثلاثاً

(فصل) فإن أريد تمييز الوقف عن المطلق بالقسمة فذلك مبني على القسمة هل هي بيع أو إفراز حق؟ والصحيح أنها إفراز حق فينظر فإن لم يكن فيها رد جازت القسمة ، وإن كان فيها رد من جانب أصحاب الوقف جازت أيضاً لانه شراء لشيء من المطلق ، وإن كان من صاحب المطلق لم يجز لانه شراء بعض الوقف وبيعه غير جائز ، وإن كان المشاع وقفاً على جهتين فأراد أهله قسمته أنبئني على ما ذكرنا ولم يجز فيما إذا كان فيها رد بحال ومتى جازت القسمة في الوقف وطلبها أحد الشريكين أو ولي الوقف أجبر الآخر لأن كل قسمة جازت من غير رد ولا ضرر فهي واجبة

﴿مسألة﴾ قال (وإذا لم يكن الوقف على معروف أو بر فهو باطل)

وجه ذلك أن الوقف لا يصح إلا على من يعرف كونه وأقاربه ورجل معين أو على بر كبناء المساجد والقناطر وكتب المقه والعلم والقرآن والمقابر والسقايات وسبيل الله ولا يصلح على غير معين

(فصل) ولا يجب تعميمهم إجماعاً لانه غير ممكن ويجوز تفضيل بعضهم على بعض لأن من جاز حرمانه جاز تفضيل غيره عليه ويجوز الاختصار على واحد منهم ويحتمل أن لا يجزئه أقل من ثلاثة وهو مذهب الشافعي ووجه القول قد ذكر في الزكاة والاول ظاهر المذهب

(فصل) فإن كان الوقف في ابتدائه على من يمكن استيعابه فصار مما لا يمكن استيعابه كرجل وقف على ولده وولد ولده وعقبه ونسله فصاروا قبيلة كثيرة تخرج عن الحصر مثل وقف علي رضي الله عنه على ولده ونسله فإنه يجب تعميم من أمكن منهم والتسوية بينهم لأن التعميم كان واجباً وكذلك التسوية فإذا تعذر وجب منه ما أمكن كالواجب الذي يعجز عن بعضه ، ولأن الواقف ههنا أراد التعميم والتسوية لا مكتابه وصلاحه لفظه لذلك فيجب العمل بما أمكن بخلاف ما إذا كانوا حال الوقف ممن لا يمكن ذلك فيهم

﴿مسألة﴾ (ولا يعطى كل واحد أكثر من النذر الذي يعطى من الزكاة يعني إذا كان الوقف على صنف من أصناف الزكاة)

وجه ذلك أن من وقف على سبيل الله أو ابن السبيل أو الرقاب أو الغارمين — فهم الذين يستحقون السهم من الصدقات — لا يدخل معهم غيرهم لأن المطلق من كلام الأديمين يحمل على اليهود

كزجل وإسراء لان الوقف تملك للمعين أو لاجته فلا يصح على غير معين كالبيع والاجارة ولا على معصية كبيت النار والبيع والكنائس وكتب التوراة والانجيل لان ذلك معصية فان هذه المواضع بنيت للكفر وهذه الكعب مبدلة منسوخة ولذلك غضب النبي ﷺ حين رأى مع عمر صحيفة فيها شيء من التوراة وقال « أفى شك أنت يا ابن الخطاب ؟ ألم آت بها بيضاء نقية ؟ لو كان موسى أخي حيا ما وضعه الا انباي » ولولا أن ذلك معصية ما غضب منه والوقف على قناديل البيعة وفرشها ومن يخدمها ويعمرها كالوقف عليها لانه يراد لتعظيمها و- واء كان الواقف مسلما أو ذميا قال أحمد في نصارى وقفا على البيعة ضياعا كثيرة وماتوا ولم يبنوا نصارى فأسلموا والضياح بيد النصارى فلم يأخذها والمسلمين عزهم حتى يستخرجوها من أيديهم وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافا وذلك لان مالا يصح من المسلم الوقف عليه لا يصح من الذي كالوقف على غير معين فان قيل فقد قلتم ان أهل الكتاب اذا اعتدوا عقودا فاسدة وتقاوضوا ثم أسلموا وترافعوا اليها لم تنقض مافعه فكيف أجزم الرجوع فيما وقفوه على كنائسهم ؟ قلنا الوقف ليس بعقد معارضة إنما هو إزالة للملك في الموقوف على وجه القرية فاذا لم يقع صحيحا لم يزل الملك فيبقى بحاله كالمعتق

وقد روي عن أحمد رحمه الله في نصراني أشهد في وصيته أن غلامه فلانا يخدم البيعة خمس سنين ثم هو حر ثم مات مولاه وخدم سنة ثم أسلم ما عليه ؟ قال هو حر ويرجع على الغلام باجرة خدمة مبلغ أربع

في الشرع فينظر من كان يستحق السهم من الصدقات فالوقف معصوف اليه وقد مضى شرح ذلك في الزكاة فان وقف على الاصناف الثمانية الذين يأخذون الصدقات صرف اليهم ويعطى كل واحد منهم من الوقف مثل القدر الذي يعطى من الزكاة لا يزداد عليه وقد ذكرنا ذلك ، وقد اختلف في القدر الذي يحصل به الفنى فقال أحمد في رواية علي بن سعيد في الرجل يعطى من الوقف خمسين درهما فقال إن كان الواقف ذكر في كتابة المساكين فهو مثل الزكاة وإن كان متطوعا أعطى من شاء وكيف شاء. وقد نص على الحاقه بالزكاة فيكون الخلاف فيه كالحلاف في الزكاة ، واختار أبو الخطاب وابن عقيل زيادة المسكين على خمسين درهما لان لفظ أحمد لا يقييد فيه . قال أبو الخطاب وفي المسئلة وجهان وجهها ما سبق (فصل) فان وقف على الاصناف كلها أو على صنفين أو أكثر فهل يجوز الاقتصار على صنف واحد أو

يجب إعطاء بعض كل صنف ؟ فيه وجهان بناء على الزكاة

(مسئلة) (والوصية كالوقف في هذا التفصيل لان مبناها على لفظ الموصي أشبهت الوقف)

(فصل) والوقف عقد لازم لا يجوز فسخه باقالة ولا غيرها ويلزم بمجرد القول لانه تبرع بمنع البيع والهبة والميراث فلزم بمجرد كالمعتق وعنه لا يلزم إلا بالقبض وإخراج الوقف عن يده اختاره ابن أبي موسى كالمبة والصحيح الاول وقد ذكرناه ، وذهب أبو حنيفة إلى أن الوقف لا يلزم بمجرد ولو اوقف الرجوع فيه إلا أن يوصي به بعد موته فيلزم أو يحكم بلزومه حاكم وحكام بعضهم عن علي

سنيين ، وروعي عنه قال هو حر شاعة مات مولاه لان هذه معصية وهذه الرواية أصح وأوفق لاصوله ويحتمل ان قوله يرجع عليه بخدمة أربع سنين لم يكن لصحة الوصية بلى لانه لما أعتقه بعوض يعتقدهان صحته ، واذا تعذر العوض بإسلامه كان عليه ما يقوم مقامه كما لو تزوج الذي ذمية على ذلك ثم أسلم فانه يجب عايه المهر كذا ههنا يجب عليه العوض والاول أولى

(فصل) ولا يصح الوقف على من لا يملك كالعبد القن وام الولد والمدير والميت والحمل والملك والجن والشياطين ، قال احمد فيمن وقف على مما يملك لا يصح الوقف حتى يعتقهم وذلك لان الوقف تمليك فلا يصح على من لا يملك فان قيل قد جوزتم الوقف على المساجد والسقايات وأشباها وهي لانه لا ، قلنا الرقبة هناك على المسلمين الا انه عين في نفع خاص لهم ، فان قيل فينبغي أن يصح الوقف على الكنائس ويكون الوقف على أهل الذمة قلنا الجهة التي عين صرف الوقف فيها ليست نفعا بل هي معصية محرمة يزدون بها عقابا وإنما بخلاف المساجد ولا يصح الوقف على العبد ، وان قلنا انه يملك بالتملك لان الوقف يقتضي تحييس الاصل والعبد لا يملك ملكا لازما . ولا يصح الوقف على المكاتب وان كان يملك لان ملكه غير مستقر ، ولا على مرتد ولا حربي لان أموالهم مباحة في الاصل ويجوز أخذها منهم بالقهر والغلبة فما يتجدد لهم أولى والوقف لا يجوز أن يكون مباح الاخذ لانه تحييس الاصل

وابن مسعود وابن عباس وخالف أبا حنيفة صاحباه فقالا كقول سائر أهل العلم واحتج بعضهم بما روي أن عبد الله بن زيد صاحب الاذان جعل حائطه صدقة وجعله إلى رسول الله ﷺ فجاء أبواه إلى رسول الله ﷺ فقالا يا رسول الله لم يكن لنا عيش إلا هذا الحائط فردده رسول الله ﷺ ثم ماتا فودعهما رواه الحاملي في أماليه ولانه إخراج ماله على وجه القرية من ملكه فلا يلزم بمجرد القول كالمصدق ، قلنا هذا القول يخالف السنة الثابتة عن رسول الله ﷺ وإجماع الصحابة رضي الله عنهم فان النبي ﷺ قال لعمر في وقفه « لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث » قال الترمذي العمل على هذا الحديث عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم ، لا نعلم بين المتقدمين منهم في ذلك اختلافا ، قال الحميدي تصدق أبو بكر بداره على ولده وعمر بربيه عند المروة على ولده وعثمان برومة وتصدق علي بأرضه بينم وتصدق الزبير بداره بمكة وداره بمصر وأمواله بالمدينة على ولده وتصدق سعد بداره بالمدينة وداره بمصر على ولده ، وعمر بن العاص بالوهم بداره بمكة على ولده وحكيم ابن حزام بداره بمكة والمدينة على ولده فذلك كله إلى اليوم ، وقال جابر لم يكن أحد من أصحاب النبي ﷺ له مقدرة إلا وقف وهذا إجماع منهم فان الذي قدر على الوقف منهم وقف واشتهر ذلك فلم ينكره أحد فكان ذلك إجماعا ولانه إزالة ملك يلزم بالوصية فاذا نجزه في حال الحياة لم يلزم من غير حكم كالعتق ، وحديث عبد الله بن زيد ان ثبت فليس فيه ذكر الوقف ، والظاهر أنه جعله صدقة غير

(فصل) ويصح الوقف على أهل القمة لأنهم يملكون ملكاً محترماً ويجوز أن يتصدق عليهم فجاز الوقف عليهم كالمسلمين . ويجوز أن يقف المسلم عليه لما روي أن صنية بنت حبي زوج النبي ﷺ وقفت على أخ لها يهودي ولأن من جاز أن يقف الذي عليه جاز أن يقف عليه المسلم كالمسلم ، ولو وقف على من ينزل كئناسهم ويبيعهم من المارة والمجتازين صح أيضاً لأن الوقف عليهم لا على الموضع

(فصل) وينظر في الوقف من شرطه الواقف لأن عمر رضي الله عنه جعل وقفه إلى حفصة تليه ما عاشت ثم إلى ذوي الرأي من أهلها ولأن مصرف الوقف يتبع فيه شرط الواقف فكذلك الناظر فيه فإن جعل النظر لنفسه جاز وأن جعله إلى غيره فهو له فإن لم يجعله لأحد أو جعله لانسان فمات نظر فيه الموقوف عليه لأنه ملكه ونفعه له فكأن نظره إليه كملكه المطلق ، ويحتمل أن ينظر فيه الحاكم اختاره ابن أبي موسى ويحتمل أن يكون الوجهان مبنيين على أن المالك هل ينتقل فيه إلى الموقوف عليه أو إلى الله تعالى ؟ فإن قلنا هو للموقوف عليه فالنظر فيه إليه لأنه ملكه عينه ونفعه ، وإن قلنا هو لله فالحاكم ينوب فيه ويصرفه إلى مصارفه

موقوف استناب فيها رسول الله ﷺ فرأى والديه أحق الناس بصرفها إليهما ولهذا لم يردها إليه إنما دفعها إليهما ويحتمل أن الحائط كان لهما وكان هو يتصرف فيه بحكم النيابة عنهما فتصرف بهذا التصرف بغير إذنها فلم ينفذاه وأتيا النبي ﷺ فردا إليهما والقياس على الصدقة لا يصح لأنها تلزم في الحياة بغير حكم حاكم وأنا ينتقل إلى القبض والوقف لا ينتقل إليه فاقرقا

(مسألة) (ولا يجوز بيعه إلا أن تعطل منافعه فيباع ويصرف ثمنه في مثله وكذلك الفرس الحليس إذا لم يصلاح للغزو بيع واشتري بثمنه ما يصلح للجهاد وكذلك المسجد إذا لم ينتفع به في موضعه وعنه لا تباع المساجد لكن تنقل آلتها إلى مسجد آخر)

وجملة ذلك أنه لا يجوز بيع الوقف ولا هبته لقول النبي ﷺ في حديث عمر « غير أنه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث » فإن تعطلت منافعه بالسكينة كدار أهدمت أو أرض خربت وعادت مواتاً لا يمكن عمارتها أو مسجد انتقل أهل القرية عنه وصار في موضع لا يصلح فيه أو ضاق بأهله ولم يمكن توسيعه في موضعه فإن أمكن بيع بعضه ليعمر به بقيته جاز بيع البعض وإن لم يمكن الانتفاع بشيء منه يبيع جميعه قال أحمد في رواية أبي داود إذا كان في المسجد خشبتان لهما قيمة جاز بيعهما وصرف ثمنهما عليه وقال في رواية صالح بن محول المسجد خوصاً وإذا كان موضعه قدراً قال القاضي يعني إذا كان ذلك يمنع الصلاة فيه ونص على جواز بيع عرصته في رواية عبد الله وتكون الشهادة في ذلك على الإمام . قال أبو بكر وقد روى على بن سعيد أن المساجد لا تباع وإنما تنقل آلتها قال وبالقول الأول أقول لاجتماعهم على بيع الفرس الحليس يعني الموقوفة على الغزو إذا كبرت فلم تصلح للغزو وأمكن الانتفاع بها في شيء آخر مثل أن تدور في الرحا أو يحمل عليها تراب أو تكون الرغبة في نتائجها أو حصاناً يتخذ للطراق فإنه يجوز بيعها وبشترى بثمنها ما يصلح للغزو نص عليه أحمد وقال محمد بن الحسن إذا خرب المسجد

لانه مال الله فكان النظر فيه الى حاكم المسلمين كالوقف على المساكين ، وأما الوقف على المساكين والمساجد ونحوها أو على من لا يمكن حصرهم وانديعابهم فالنظر فيه الى الحاكم لانه ليس له مالك متعين ينظر فيه وله ان يستنيب فيه لان الحاكم لا يمكنه تولي النظر بنفسه ، ومتى كان النظر للموقوف عليه اما يجعل الواقف ذلك له او لكونه أحق بذلك عند عدم ناظر سواء وكان واحداً مكلفاً رشيداً فهو أحق بذلك رجلاً كان او امرأة عدلاً كان او فاسقاً لانه ينظر لنفسه فكان له ذلك في هذه الاحوال كالمطلق ، ويحتمل ان يضم الى الفاسق أمين حفظاً لاصل الوقف عن البيع أو التضييع ، وإن كان الوقف لجماعة رشدين فالنظر للجميع لكل انسان في نصيبه وان كان الموقوف عليه غير رشيد اما لصغر او سفه او جنون قام عليه في النظر مقامه كما يقوم مقامه في ماله المطلق ، وان كان النظر لغير الموقوف عليه او لبعض الموقوف عليه بتولية الواقف او الحاكم لم يحز ان يكون الا أميناً فان لم يكن أميناً وكانت توليته

والوقف طاد الى ملك واقفه لان الوقف انما هو تسهيل المنفعة فاذا زالت منفعته زال حق الموقوف عليه منه فزال ملكه عنه وقال مالك والشافعي لا يجوز بيع شيء من ذلك لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث » ولان ما لا يجوز بيعه مع بقاء منافعه لا يجوز مع تعطيلها كالمعتق والمسجد أشبه الاشياء بالمعتق

ولنا ما روي أن عمر رضي الله عنه كتب الى سعد لما بلغه أنه قد نقب بيت المال الذي بالكوفة أن انقل المسجد الذي بالتمارين واجعل بيت المال في قبلة المسجد فانه لن يزال في المسجد مصل وكان هذا بمشهد من الصحابة ولم يظهر خلافه فكان اجماعاً ولان فيما ذكرناه استبقاء الوقف بمكانه عند تعذر ابقائه بصورته فوجب ذلك كما لو استولد الجارية الموقوفة أو قبأها أو قبلها غيره قال ابن عقيل الوقف مؤبد فإذا لم يمكن تأييده على وجه تخصيصه استبقينا الغرض وهو الانتفاع على الدوام في عين أخرى وإبصال الابدال جرى مجرى الاعيان وجودنا على العين مع تعطيل التضييع الغرض ويقترب هذا من الهدى اذا عطل فانه يذبح في الحال وان كان يختص بالموضع، فلما تعذر تحصيل الغرض بالكلية استوفى منه ما أمكن وترك مراعاة المحل الخاص عند تعذره لان مراعاته مع تعذره تفضي الى فوات الانتفاع به بالكلية وهكذا الوقف الممطل المنافع . ولنا على محمد بن الحسن انه إزالة ملك على وجه القرية الا يعود الى مالكه باخلاله وذهاب منافعه كالمعتق

(مسألة) (ويجوز بيع بعض آله وصرفها في عمارته) كما يجوز بيع الفرس الحبيس عند تعذر الانتفاع به وصرف ثمنه فيما يقوم مقامه ولانه اذا جاز بيع الجميع عند الحاجة الى بيعه فبيع بعضه مع بقاء البعض أولى .

(فصل) واذا بيع الوقف فأى شيء اشترى بثمنه مما يرد على أهل الوقف جاز ، وإن كان من غير جنسه في ظاهر كلام الحنفى لكن تكون المنفعة معروفة الى المصلحة التي كانت الاولى تصرف

من الحاكم لم نصح وأزيلت يده ، وإن ولاء الواقف وهو فاسق أو ولاء وهو عدل وصار فاسقا ضم إليه أمين ينحفظ به الوقف ولم تزل يده ، ولأنه أمكن الجمع بين الحقين ويحتمل أن لا نصح توليته وأنه ينهزل إذا فسق في أثناء ولايته لأنها ولاية على حق غيره فنافاها الفسق كما لو ولاء الحاكم وكما لو لم يمكن حفظ الوقف منه مع بقاء ولايته على حق غيره فإنه متى لم يمكن حفظه منه أزيلت ولايته فانت ضراعاة حفظ الوقف أهم من إبقاء ولاية الفاسق عليه

فيها لأنه لا يجوز تغيير المصرف مع إمكان المحافظة عليه كما لا يجوز تغيير الوقف بالبيع مع إمكان الانتفاع به (فصل) فإن لم يكف ثمن الفرس الحبيس لشراء فرس أخرى أعين به في شراء حبيس يكون بعض الثمن نص عليه أحمد لأن المقصود استيفاء منفعة الوقف الممكن استيفاؤها وصياتها عن الضياع ولا سبيل إلى ذلك إلا بهذه الطريق

(فصل) فإن لم تعطل منفعة الوقف بالكلية لكن قلت وكان غيره أنفع منه وأكثر رداً على أهل الوقف لم يجز بيعه لأن الأصل تحريم البيع وإنما أبيع للضرورة صيانة لمقصود الوقف عن الضياع مع إمكان تحصيله ومع الانتفاع بما يضيع المقصود وإن قل الأهم إلا أن يبلغ في قلة النفع إلى حد لا يعد نفعاً فيكون وجوده كالمعدم

(فصل) قال أحمد في رواية أبي داود في مسجد أراد أهله رفعه من الأرض ويجعل تحته سقاية وحوانيت فاستنع بعضهم من ذلك ينظر إلى قول أكثرهم واختلاف أصحابنا في تأويل كلام أحمد فذهب ابن حامد إلى أن هذا مسجد أراد أهله انشاء ابتداءً واختلفوا كيف يعمل ، وسماه مسجداً قبل بنائه تجوزا لأن ماله إليه ، أما بعد بنائه لا يجوز جعله سقاية ولا حوانيت وذهب القاضي إلى ظاهر الظاهر وهو أنه كان مسجداً فأراد أهله رفعه وجعل تحته سقاية لحاجتهم إلى ذلك والاول أصح وأولى ، وإن خالف الظاهر فإن المسجد لا يجوز نقله وإبداله وبيع ساحته وجعلها سقاية وحوانيت إلا عند تعذر الانتفاع به والحاجة إلى سقاية وحوانيت لا تعطل نفع المسجد فلا يجوز صرفه في ذلك ولو جاز جعل أسفل المسجد سقاية وحوانيت لهذه الحاجة لجاز تخريب المسجد وجعله سقاية وحوانيت ويجعل به مسجداً في موضع آخر ، وقال أحمد في رواية بكر بن محمد عن أبيه في مسجد ليس بمحصين من الكلاب وله منارة فرخص في تقضها وبناء حائط المسجد بها للمصلحة

(مسئلة) (وما فضل من حصره وزبته عن حاجته جاز صرفه إلى مسجد آخر والصدقة به على فقراء المسلمين)

وذلك إن فضل من قصبه أو شيء من تقضه ، قال أحمد في مسجد يبنى فيبقى من خشبه أو قصبه أو شيء من تقضه قال يمان به في مسجد آخر أو كما قل ، وقال المروذي : سألت أبا عبد الله عن يوازي للمسجد إذا فضل منه الشيء أو الخشبة قال يصدق به ، وأرى أنه قد احتج بكسوة البيت إذا تخرقت

(فصل) ونفقة الوقف من حيث شرط الواقف لانه لما اتبع شرطه في سبيله وجب اتباع شرطه في نفقته فان لم يمكن فمن غلته لان الوقف اقتضى تحييس أهله وتسبيل نفقه ولا يحصل ذلك الا بالاتفاق عليه فكان ذلك من ضرورته ، وإن تعطلت منافع الحيوان الموقوف فنفقته على الموقوف عليه لانه ملكه ويحتمل وجوبها في يد المال ويجوز بيعه على ما سلف بيانه

نصاق بها ، وقال في موضع آخر قد كان شية يتصدق بخلفان الكعبة .
وروى الخلال بإسناده عن علقمة عن أمه أن شية بن عثمان الحبشي جاء الى عائشة رضي الله عنها فقال يا أم المؤمنين ان ثياب الكعبة تنكثر عليها فنزعها فنحفر لها آباراً فندفنها فيها حتى لا تلبسها الحائض والجنب قالت عائشة بأس ما صنعت ولم تصب ان ثياب الكعبة اذا نزعتم لم يضرها من لبسها من حائض أو جنب ولكن لو بعتموها جعلت ثمنها في سبيل الله والمساكين . فقال فكان شية يبعث بها الى اليمن فتباع فيضع ثمنها حيث أمرته عائشة ، وهذه قضية مثلها ينتشر ولم تذكر فتكون إجماعاً ولانه مال الله تعالى لم يبق له مصرف نصرف الى المساكين كالوقف المنقطع
(مسألة) (ولا يجوز غرس شجرة في المسجد)

نص عليه أحمد فقال إن كانت فرست النخلة بعد أن صار مسجداً فهذه غرست بغير حق فلا أحب الاكل منها ، ولو قلها الامام لجاز ، وذلك لان المسجد لم يبن لهذا انما بني لذكر الله والصلاة وقراءة القرآن ولان الشجرة تؤذي المسجد وتمنع المصلين من الصلاة في موضعها ويسقط ورقها في المسجد وتمرها ويسقط عليها الطير وتبول في المسجد وربما اجتمع الصبيان في المسجد من أجلها ورموها بالحجارة ليسقط ثمرها

(مسألة) (فان كانت مفروسة جاز الاكل منها)

يعني اذا كانت الشجرة في أرض فجعلها صاحبها مسجداً والشجرة فيها فلا بأس ، قال أحمد في موضع لا بأس يعني أن يبيعها من الجيران ، وقال في رواية أبي طالب في النفقة لا تباع وتجعل للمسلمين وأهل الدرب يأكلونها وذلك والله أعلم ، لان صاحب الارض لما جعلها مسجداً والشجرة فيها فقد وقف الارض والشجرة معاً ولم يعين مصرفها فصارت كالوقف المطلق الذي لم يعين له مصرف . وقد ذكرنا انه للمساكين في بعض الروايات . فأما إن قال صاحبها هذه وقف على المسجد فيبغي أن تباع ثمرتها وتصرف اليه كما لو وقفها على المسجد وهي في غيره . وقال أبو الخطاب عندي ان المسجد اذا احتاج الى ثمن ثمرة الشجرة بيعت ومصرف في عمارته ، وقال أحمد يأكلها الجيران محمول على انهم يعمرونه فان استغنى المسجد عنها فلا بأس بالأكل منها والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب الهبة والعطية

(مسئلة) قل (ولا تصح الهبة والصدقة فيما يكال أو يوزن الا بقبضه)

وجملة ذلك أن الهبة والصدقة والهبة والعطية معانيها متقاربة وكلها تملك في الحياة بغير عوض واسم العطية شامل لجميعها وكذلك الهبة والصدقة والهبة معانيها متقاربة فان النبي ﷺ كان يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة وقال في اللحم الذي تصدق به على بريرة « هو عليها صدقة ولنا هدية » فالظاهر أن من أعطى شيئاً يتقرب به إلى الله تعالى المحتاج فهو صدقة ، ومن دفع إلى إنسان شيئاً ليتقرب إليه والهبة له فهو هدية وجميع ذلك مندوب إليه ومحترث إليه فان النبي صلى الله عليه وسلم قال « نهادوا تحابوا » وأما الصدقة فما ورد في فضلها أكثر من أن يمكننا حصره وقد قال الله تعالى (إن تبدوا الصدقات فنعلمها وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم ويكفر عنكم سيئاتكم) إذا ثبت هذا فان المكيل والموزون لا تلزم فيه الصدقة والهبة لا بالقبض وهو قول أكثر العلماء منهم النخعي والثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة والشافعي وقال مالك وأبو ثور يلزم ذلك بمجرد المقدار لعموم

باب الهبة والعطية

وهي تملك في الحياة بغير عوض ، الهبة والعطية والهبة والصدقة معانيها متقاربة وهي تملك في الحياة بغير عوض ، واسم الهبة والعطية شامل لجميعها ، وأما الصدقة والهبة فهما متقاربان وإن دخلا في معنى الهبة والعطية فان النبي ﷺ كان يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة ، وقال في اللحم الذي تصدق به على بريرة « هو عليها صدقة ولنا هدية » فالظاهر أن من أعطى شيئاً يتقرب به إلى الله تعالى المحتاج فهو صدقة ، ومن دفع إلى إنسان شيئاً ليتقرب إليه والهبة له فهو هدية وجميع ذلك مندوب إليه فان النبي ﷺ قال « نهادوا تحابوا » وأما الصدقة فما ورد في فضلها كثير ، وقد قال الله تعالى (إن تبدوا الصدقات فنعلمها وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم ويكفر عنكم سيئاتكم) (مسئلة) (إفان شرط فيها عوضاً معلوماً صارت يها وعنه يفلب فيها حكم الهبة)

وجملة ذلك أن الهبة المطلقة لا تقتضي ثواباً سواء كانت للمثله أو دونه أو أعلى منه وباقول أبو حنيفة وقال الشافعي كقولنا فيما إذا كانت للمثله أو دونه وإن كانت لأعلى منه اقتضت الثواب في أحد القواين وهو قول مالك أقول عمر رضي الله عنه من وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها

قوله عليه السلام « العائد في هبته كالعائد في قبضته » ولأنه إزالة ملك بغير عوض فلزم بمجرد العقد كالوقف والعتيق وربما قالوا تبرع فلا يعتبر فيه القبض كالوصية والوقف ، ولأنه عقد لازم ينقل الملك فلم يقف لزومه على القبض كالبيع

ولما اجماع الصحابة رضي الله عنهم فإن ما قلناه مروى عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما ولم يعرف لهما في العصابة مخالف فروى عروة عن عائشة رضي الله عنها أن أبا بكر رضي الله عنه نحلها جذاذ عشرين وسقاً من ماله بالعالية فلما مرض قال يا بنية ما أحد أحب إلي غني بعدي منك ولا أحد أعز علي قرأ منك وكنت نحلته جذاذ عشرين وسقاً ووددت أنك حزتيه أو قبضتيه وهو اليوم مال الوارث أخواك وأختك فانتسموا على كتاب الله عز وجل

وروى ابن عيينة عن الزهري عن عروة عند عبد الرحمن بن عبد القاري. أن عمر بن الخطاب قال : ما بال أقوام ينحلون أولادهم فإذا مات أحدهم قال مالي وفي يدي وإذا مات هو قال كنت نحلته ولدي؟ لا نحلة لا نحلة يحوزها الولد دون الوالد فإن مات ورثه . وروى عثمان أن الوالد يحوز لولده إذا كانوا أصغاراً . قال المروذي اتفق أبو بكر وعمر وعثمان على أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة ولأنها هبة غير مقبوضة فلم تلزم كما لو مات قبل أن يقبض فإن مالكا يقول لا يلزم الورثة التسليم والخبر يحول على المقبوض ولا يصح القياس على الوقف والوصية والعتيق لأن الوقف اخراج ملك إلى الله تعالى

ولنا أنها عطية على وجه التبرع فلم تقتض ثواباً كهيئة المنل والوصية ، وقول عمر قد خانته ابنة وابن عباس فلا يبقى حجة فإن عرضه عن الهبة كانت هبة مبتدئة لا عوضاً أيهما أصاب عيباً لم يكن له الرد وإن خرجت مستحقة أخذها صاحبها ولم يرجع الموهوب له يبدلها ، فإن شرط في الهبة ثواباً معلوماً صح نص عليه ، لأنه تملك بعوض معلوم فهو كالمبة وحكمها حكم البيع في ثبوت الخيار والشفعة وبه قال أصحاب الرأي ولاصحاب الشافعي قول أنها لا تصح لأنه شرط في الهبة ما ينافي مقتضاها . ولنا أنه تملك بعوض فصح كما لو قال ما كنتك هذا بدرهم فإنه لو أطلق التملك كان هبة فإذا ذكر العوض صار بيعاً وفيه رواية أخرى ذكرها أبو الخطاب أنه يقلب عليها حكم الهبة فلا ثبت فيها أحكام البيع المختصة به

(مسألة) (وإن شرط ثواباً مجهولاً لم تصح الهبة)

وحكمها حكم البيع الفاسد لأنه عوض مجهول في معاوضة فلم يصح كالبيع ويردها الموهوب له بزيادتها المتصلة والمنفصلة لأنه نكاح ملك الواهب ، وإن كانت تالفة رد قيمتها وهذا قول الشافعي وأبي ثور وعنه أنه قال برضيه بشي . وظاهر كلام أحمد أنها تصح فإذا أعطاه عنها عوضاً رضياً لم العقد بذلك ، قال أحمد في رواية محمد بن الحكم إذا قال الواهب هذا لك على أن تثبيني فله أن يرجع إذا لم يثبه لأنه شرط ، وقال في رواية إسماعيل بن سعيد إذا وهب له على وجه الأمانة فلا يجوز إلا أن يثبته منها فعلى هذا عليه أن

لخالف التمليكات والوصية تلزم في حق الوارث والعق أسقاط حق وليس تملك ولأن الوقف والعق لا يكون في محل النزاع في المكمل والموزون

(فصل) وقول الحرقى : لا يصح . يحتمل أن يريد لا يلزم ويحتمل أن يريد لا يثبت بها الملك قبل القبض فإن الملك حكم الهبة والصحة اعتبار الذي في حق حكمه وأما صحته بمعنى انعقاد الانظ بحيث إذا انضم إليه القبض اعتبر ويثبت حكمه فلا يصح حل لفظه على نفيه لعدم الخلاف فيه ، ولأنه قال في سياق المسئلة كما يصح في البيع وقد تقرر في البيع أن بيع المكمل والموزون صحيح قبل القبض وإنما ينتفي الضمان وإطلاقه في التصرفات . وقوله ما يكال ويرزن ، ظاهره العموم في كل موزون ومكيل ، وخصه أصحابنا المتأخرون بما ليس بمتعين فيه كالقفيز من صبرة والرطل من زبرة . وقد ذكرنا ذلك في البيع ورجعنا العموم

(فصل) والواهب بالخيار قبل القبض ان شاء أقبضها وأمضاها وان شاء رجع فيها ومنعها ولا يصح قبضها إلا بأذنه فإن قبضها الموهوب له بغير أذنه لم تتم الهبة ولم يصح القبض ، وحكي عن أبي حنيفة أنه إذا قبضها في المجلس مرجح وان لم يأذن له لأن الهبة قامت مقام الإذن في القبض لكونها دالة على رضاه بالتمليك الذي لم يتم إلا بالقبض

ولنا أنه قبض الهبة بغير إذن الواهب فلم يصح كما بعد المجلس أو كالموت عنها عن قبضها . ولأن

يعطيه حتى يرضيه ، فإن لم يفعل فلا واهب الرجوع فيها أو عوضها إن كانت تالفة لأنه عقد معارضة فاسد فلزم ضمان العين إذا تلفت كالبيع التامد ويحتمل أن يعطيه قدر قيمتها والارل أصح لأن هذا بيع فيعتبر له التراضي إلا أنه بيع بالمعاطاة فإذا عوضه عرضا رضيه حصل البيع بما حصل من المعاطاة مع التراضي بها وإن لم يحصل التراضي لم يصح لعدم العقد فإنه لم يوجد الإيجاب والقبول ولا المعاطاة ولا التراضي والاصل في هذا قول عمر رضي الله عنه : من أوهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها ما لم يرض منها ، وروي معنى ذلك عن علي وفضالة بن عبيد رمالك بن أنس وهو قول الشافعي على القول الذي يرى أن الهبة المطلقة تنقضي ثرابا ، وقد روى أبو هريرة أن أعرابيا وهب النبي ﷺ ناقة فأعطاه ثلاثا فأبى فزاده ثلاثا فلما كانت تسما قال رضيته ، فقال النبي ﷺ « لقد هممت أن لا آتبه إلا من قرشي أو أنصاري أو ثقيفي أو دومي » من المسند ، فإن تغيرت العين الموهوبة بزيادة أو نقصان أو لم يثبه ، منها فقال أحمد لأرى عليه نقصان ما نقصه عنده إذا رده إلى صاحبه إلا أن يكون ثوبا لبسه أو جارية استخدمها ، فأما غير ذلك إذا نقص فلا شيء عليه فكان عندي مثل الرهن الزيادة والنقصان لصاحبه

(مسئلة) (وتحصل الهبة بما يتعارف به الناس هبة من الإيجاب والقبول والمعاطاة المقترنة بما يدل عليها) فلا إيجاب أن يقول وهبتك أو أهديت إليك أو ملكتك أو هذا لك ونحوه من الألفاظ

التسليم غير مستحق على الواهب فلا يصح التسليم الا باذنه كما لو أخذ المشتري المبيع من البائع قبل تسليم ثمنه ولا يصح جعل الهبة إذنا في القبض بدليل ما بعد الجماس. ولو أذن الواهب في القبض ثم رجع عن الاذن أو رجع في الهبة صح رجوعه لأن ذلك ليس بقبض، وإن رجع بعد القبض لم ينفع رجوعه لأن الهبة تمت (فسر) وإن مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض بطلت الهبة سواء كانت قبل الاذن في القبض أو بعده ذكره القاضي في موت الواهب لأنه عقد جائز فبطل بموت أحد المتعاقدين كالوكالة والشركة. وقال أحمد في رواية أبي طالب وأبي الحارث في رجل أهدى هدية فلم تصل إلى المهدى إليه حتى مات فلما تعود إلى صاحبها ما لم يقبضها. وروى بإسناده عن أم كلثوم بنت سلمة قالت لما تزوج رسول الله ﷺ أم سلمة قال لها « اني قد أهديت إلى النجاشي حلة وأواق مسك ولا أرى للنجاشي إلا قد مات ولا أرى هديتي إلا مرددة علي فان ردت فهي لك » قالت فكان ما قال رسول الله ﷺ وردت عليه هديته فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية من مسك وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة. وإن مات صاحب الهدية قبل أن تصل إلى المهدى إليه رجعت إلى ورثة المهدى وليس للرسول حملها إلى المهدى إلا أن يأذن له الوارث، ولو رجع المهدى في هديته قبل وصولها إلى المهدى إليه صح رجوعه فيها والهبة كالمهدية

الدالة على هذا المعنى، والقبول أن يقول قبلت أو رضيت أو نحو هذا، ونصح بالمعاطاة للمفترقة بما يدل عليها وإن لم يحصل إيجاب أو قبول، ذكر القاضي وأبو الخطاب أن الهبة والعطية لا بد فيها من الإيجاب والقبول، ولا نصح بدونه سواء وجد القبض أو لم يجرّد وهو قول أكثر أصحاب الشافعي لأنه عقد تملك فافتقر إلى الإيجاب والقبول كالنكاح، والنصح أن المعاطاة والافعال الدالة على الإيجاب والقبول كناية ولا يحتاج إلى انظر اختاره ابن عقيل فإن النبي ﷺ كان يهدي ويهدى إليه ويعطي ويعطى ويفرق الصدقات وبأمر سمعته بأخذها وتوزيعها وكان أصحابه يفعلون ذلك ولم ينقل عنهم في ذلك إيجاب ولا قبول ولا أمر به ولا تعليمه لاحد ولو كان ذلك شرطاً لقل عنهم نقلاً مشتهراً، وقد كان ابن عمر على بعير لعمر فقال النبي ﷺ لعمر « بني » فقال هو لك يا رسول الله، فقال رسول الله ﷺ « هو لك يا عبد الله بن عمر فأصنع به ما شئت » ولم ينقل قبول النبي ﷺ من عمر ولا قبول ابن عمر من النبي ﷺ ولو كان شرطاً لفعله النبي وعلمه ابن عمر ولم يكن لأمره أن يصنع به ما شاء قبل أن يقبله، وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ كان إذا أتى بطعام سأل عنه فإن قالوا صدقة قال لأصحابه « كلوا » ولم يأكل وإن قالوا هدية ضرب بيده فأكل معهم، ولا خلاف بين العلماء فيما علمنا في أن تقديم الطعام بين يدي الضيفان والأذن في أكله أن ذلك لا يحتاج إلى إيجاب ولا قبول ولأنه وجد ما يدل على التراخي بنقل الملك فاكتمى به كما لو وجد الإيجاب والقبول، قال ابن عقيل أما يشترط الإيجاب مع الإطلاق وعدم العرف القائم من المعطي والمعطى لأنه إذا لم يكن عرف يدل (المغني والشرح الكبير) (٣٢) (الجزء السادس)

وقال أبو الخطاب إذا مات الواهب قام وارثه مقامه في الاذن في القبض والفسخ وهذا يدل على أن الهبة لا تنفسخ بموته وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي لأنه عقد ماله إلى المزوم فلم يفسخ بالموت كالبيع المشروط فيه الخيار وكذلك يخرج فيما إذا مات الموهوب له بعد قبوله ، وإن مات أحدهما قبل القبض أو ما يقوم مقامه بطلت وجهاً واحداً لأن العقد لم يتم فأشبهه ماله أوجب البيع فمات أحدهما قبل التبرل من المشتري . وإذا قلنا إن الهبة لا تبطل فمات أحدهما بعد الاذن في القبض بطل الاذن وجهاً واحداً لأن الميث ان كان هو الواهب فقد انتقل حقه في الرجوع في الهبة إلى وارثه فلم يلزم بغير اذنه وإن كان الموهوب له فلم يوجد الاذن لوارثه فلم يملك القبض بغير اذن

(فصل) واب وهبه شيئاً في يد المتب كوديعة أو مقصوب فظاهر كلام أحمد أن الهبة تلزم من غير قبض ولا مغني مدة يتأق القبض فيها فإنه قال في رواية ابن منصور : إذا وهب لامرأته شيئاً ولم تقبضه ناس بينه وبينها خيار هي معه في البيت . فظاهر هذا أنه لم يعتبر قبضاً ولا مغني مدة يتأق فيها لكونها معه في البيت فيدها على ما فيه . وقلنا مغني لا بد من مغني مدة يتأق فيها القبض . وقد روى عن أحمد رواية أخرى أنه يقتصر إلى اذن في القبض وقد مغني تعليل ذلك وتفصيله في الرهن . ومذهب الشافعي كذهبنا في الاختلاف في اعتبار الاذن واعتبار مغني مدة يتأق القبض فيها

على الرضي فلا بد من قول دال عليه ، أما مع قرائن الاحوال والدلالة فلا وجه لتوقفه على ألفاظ ، ألا ترى أنا اكتفينا بالمعاطاة في البيع واكتفينا بدلالة الحال في دخول الحمام وهو اجارة وبيع أعيان فاذا اكتفينا في المعامضات مع تأكدنا بدلالة الحال فانها تنقل الملك من الجانبين فلأن نكتفي بها في الهبة أولى . وأما النكاح فانه يشترط فيه مالا يشترط في غيره من الاشهاد ولا يقع إلا قليلاً فلا يشق اشتراط الايجاب والقبول فيه بخلاف الهبة والله سبحانه وتعالى أعلم

(مسئلة) (وتلزم بالقبض وعنه تلزم في غير المكيل والموزون بمجرد الهبة) أما المكيل والموزون الذي لا يتميز إلا بالكيل والوزن فلا تلزم الهبة فيه إلا بالقبض وعلى قياس ذلك المعدود والمذروع ، وهو قول أكثر الفقهاء منهم المنخعي والثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة والشافعي وقال مالك وأبو ثور تلزم بمجرد المقدم لعموم قوله عليه السلام «العائد في هبته كالعائد في قبضه» ولأنه إزالة ملك بغير عرض فلم يجرى بمجرد كالاتف والعق ولأنه تبرع فلا يعتبر فيه القبض كازمصة والوقف

ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإنه مروي عن أبي بكر وهو رضي الله عنهما ولم نعرف لهما في الصحابة مخالفاً ، وقد روى جريرة عن عائشة رضي الله عنها أن أبا بكر رضي الله عنه نحلها جزاً عشريين وسقاً من ماله بالعالية فلما مرض نال : يا بنية ما أحب غنى منك بعدي ولا أحد أعز عليّ فقرأ منك وكنت نحللك جزاً عشريين وسقاً ووددت أنك حزتيه أو قبضتيه ، وهو اليوم مال الوارث أخوك وأختك فاقسموا على كتاب الله عز وجل ، رواه مالك في موطنه . وروى ابن مينة عن

(مسئلة) قال (ويصح في غير ذلك بغير قبض إذا قبل كما يصح في البيع)

يعني ان غير المكبل والموزون تلزم الهبة فيه بمجرد العقد ويثبت الملك في الموهوب قبل قبضه وروي ذلك عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما أنها تالا الهبة جائزة اذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبض وهو قول مالك وأبي ثور وعن أحمد رواية أخرى لا تلزم الهبة في الجميع الا بالقبض وهو قول أكثر أهل العلم قال المروزي اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلي على أن الهبة لا تجوز الا مقبوضة وروي ذلك عن النخعي والثوري والحسن بن صالح والعنبري والشافعي وأصحاب الرأي لما ذكرنا في المسئلة الاولى. ووجه الرواية الاولى أن الهبة أحد نوعي التملك فكان منها ما يلزم قبل القبض ومنها ما يلزم قبله كالبيع فإن فيه مالا يلزم قبل القبض وهو الصرف وبيع الربويات ومنه ما يلزم قبله وهو ما عدا ذلك. فأما حديث أبي بكر فلا يلزم فإن جذاذ عشرين وسقا يحتمل أنه أراد به عشرين وسقا مجذوة فيكون مكيلا غير مدين وهذا لا بد فيه من القبض، وإن أراد بخلا مجذ عشرين وسقا فهو أيضا غير معين ولا يصح الهبة فيه قبل تعيينه فيكون معناه وعندك بالنحلة وقول عمر أراد به النهي عن التحيل بنحلة الوالد ولده نحلة موقوفة على الموت فيظهر أني نحلته ولدي شيئا ويمسكه في يده ويستغله فإذا مات أخذه ولده بحكم النحلة التي أظهرها وإن مات ولده أمسكه ولم يعط ورثة ولده شيئا وهذا

الزهري عن عروة عن عبد الرحمن بن عبد القاري أن عمر بن الخطاب قال: ما بال قوم ينحلون أولادهم فإذا مات أحدكم قال مالي وفي يدي فإذا مات هو قال قد كنت نحلته ولدي، لأنحلة لأنحلة يجوزها الوالد دون الوالد، فإن مات ورثته قال المروزي اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلي على أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة ولأنها هبة غير مقبوضة فلم تلزم كما لو مات الواهب قبل أن يقبض فإن مالكا يقول لا يلزم الورثة إلا ليم والخبر محمول على المقبوض ولا يصح انقياس على انوقف والوصية والعق لان الوقف إخراج ملك الى الله تعالى يخالف التملك والوصية تلزم في حق الوارث والعق إسقاط حق وليس بتمليك ولان الوقف والعق لا يكون في محل النزاع لان النزاع في المكبل والموزون

(فصل) وفي غير المكبل والموزون روايتان (إحداهما) ان حكمه حكم المكبل والموزون في انه لا يلزم إلا بالقبض وهو قول أكثر أهل العلم، قال المروزي: اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلي على أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة روي ذلك عن النخعي والثوري والعنبري والحسن بن صالح والشافعي وأصحاب الرأي لما ذكرنا في المكبل والموزون (والثانية) انها تلزم بمجرد العقد ويثبت الملك في الموهوب فيه قبل قبضه فروي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما قالا الهبة جائزة اذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبض وهو قول مالك وأبي ثور لان الهبة أحد نوعي التملك فكان منها ما لا يلزم قبل القبض ومنها ما يلزم قبله كالبيع فإن منه مالا يلزم إلا بقبض وهو الصرف وبيع الربويات ومنه

على هذا الوجه محرم فنهام عن هذا حتى يجوزها الولد دون والده فان مات ورثها ورثته كسائر ماله واذا كان المقصود هذا اختص بهبة الولد وشبهه به على انه قد روي عن علي وابن مسعود خلاف ذلك فتعارضت أقوالهم

(فصل) قول الحرفي اذا قبل يدل على انه انما يستغنى عن القبض في موضع وجد فيه الايجاب والقبول، والايجاب أن يقول وهبتك أو اهديت اليك أو أعطيتك أو هذا لك ونحوه من الالفاظ الدالة على هذا المعنى، والقبول أن يقول قبلت أو رضيت أو نحو هذا . وذكر القاضي وأبو الخطاب أن الهبة والعطية لا تصح كلها الا بايجاب وقبول، ولا بد منهما سواء وجد القبض أو لم يوجد وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي لانه عقد تملك فانتهى الى الايجاب والقبول كالنكاح، والصحيح أن المعاطاة والافعال الدالة على الايجاب والقبول كافية ولا يحتاج الى لفظ وهذا اختيار ابن عقيل فإن النبي ﷺ كان يهدي ويهدي اليه ، ويعطي ويعطى ، ويفرق الصدقات ويأمر سعاته بتفريقها وأخذها وكان أصحابه يفعلون ذلك ولم ينقل عنهم في ذلك ايجاب ولا قبول ولا أمر به ولا تعليمه لأحد ولو كان ذلك شرطا لنقل منهم نقلا مشهوراً ، وكان ابن عمر على بعير لعمر فقال النبي ﷺ لعمر « بعنيه » فقال هو لك يا رسول الله ، فقال رسول الله ﷺ « هو لك يا عبد الله بن عمر فاصنع به ما شئت » ولم ينقل قبول النبي ﷺ من عمر ولا قبول ابن عمر من النبي ﷺ ولو كان شرطا انعله النبي ﷺ وعلمه ابن عمر ولم يكن لأمره أن يصنع به ما شاء قبل ان يقبله

ما يلزم قبله وهو ماعدا ذلك ، فأما حديث أبي بكر في هبة لعائشة فان جذاذ عشرين وسقاً يحتمل انه أراد به عشرين وسقاً مجذوزة فيكون مكيلاً غير معين وهذا لا بد فيه من القبض، وإن أراد نخلاً بجذ عشرين وسقاً فهو أيضاً غير معين فلا تصح الهبة فيه قبل تعيينه فيكون معناه وعدتك بالنخلة ، وقول عمر أراد به النهي عن التحيل بنخلة الوالد واده نخلة موقوفة على الموت فيظاهر أني نخلت ولدي شيئاً وبمسكه في يده يستغله فاذا مات أخذه ولده بحكم النخلة التي أظهرها ، وإن مات واده أمسكه ولم يعط ورثته شيئاً وهذا على هذا الوجه محرم فنهام عن هذا حتى يجوزها الولد دون والده ، فان مات ورثها ورثته كسائر ماله ، وإذا كان المقصود هذا اختص بهبة الولد وشبهه به على انه قد روي عن علي وابن مسعود خلاف ذلك فتعارضت أقوالهم

(فصل) قوله في المكيل والموزون ان الهبة لا تلزم فيه الا بالقبض يحمول على عمومته في كل ما يكال ويوزن وخصه أصحابنا المتأخرون بما ليس بمتمين منه كقفيز من صبرة ورطل من دن وقد ذكرنا ذلك في اليم ورجحنا العموم

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح القبض إلا باذن الواهب الا ما كان في يد المتب فيكني مضي زمن بتأني قبضه فيه وعنه لا يصح حتى يأذن في القبض

وروى ابو هريرة ان النبي ﷺ كان اذا أتى بطعام سأل عنه فان قالوا صدقة قال لصاحبه كاولا ولم يأكل ، وان قالوا هدية ضرب يده فأكل معهم ، ولا خلاف بين العلماء فيما علمناه في أن تقديم الطعام بين يدي الضيفان إذن في الاكل وانه لا يحتاج الى قبول بقوله ، ولانه وجد ما يدل على التراخي بنقل المالك فاكفي به كآلو وجد الايجاب والقبول

قال ابن عقيل انما يشترط الايجاب والقبول مع الاطلاق وعدم العرف القائم بين المعطي والمعطى لانه إذا لم يكن عرف يدل على الرضا فلا بد من قول دال عليه ، أما مع قرائن الاحوال والدلائل فلا وجه لتوقيفه على اللفظ ، ألا ترى أنا اكتفينا بالمعاطاة في البيع واكتفينا بدلالة الحال في دخول الحمام وهو إجارة ويصح أعيان فاذا اكتفينا في المعاوضات مع تأكيدها بدلالة الحال وانما تنقل المالك من الجانبين فلأن نكتفي به في الهبة أولى

(فصل) والقبض فيما لا يتنقل بالتمخيلة بينه وبينه لا جائل دونه وفيما ينقل بالنقل وفي المشاع بتسليم الكل اليه فإن أبى الشريك أن يسلم نصيبه قيل المتهب وكل الشريك في قبضه لك ونقله فان أبى نصب الحاكم من يكون في يده لما فينقله ليحصل القبض لانه لا ضرر على الشريك في ذلك ويتم به عقد شريكه (فصل) ونصح هبة المشاع وبه قال مالك والشافعي . قال الشافعي سواء في ذلك ما أمكن قسمته أو لم يمكن وقال أصحاب الرأي لا تنصح هبة المشاع الذي يمكن قسمته لان القبض شرط في الهبة ووجوب القسمة

إذا قلنا ان الهبة لا تلزم الا بالقبض لم يصح القبض إلا باذن الواهب لانه قبض غير مستحق عليه ولانه أمر تلزم به الهبة فلم يصح الا باذن الواهب كأصل العقد لان قبضه مستدام فأغنى عنه الابتداء كما لو باعه سلعة في يده وهو الصحيح إن شاء الله تعالى ، فأما ما كان في يد المتهب كالوديعة والمنصوب فظاهر كلام أحمد أنها تلزم من غير قبض ولا مضي مدة يتأتى فيها القبض فانه قال في رواية ابن منصور اذا وهب امرأته شيئاً ولم تقبضه فليس بينه وبينها خيار هي معه في البيت فظاهر هذا أنه لم يشتر قبضاً ولا مضي مدة يتأتى فيها لكونها معه في البيت فيدها على ما فيه لان قبضه مستدام اغنى عن الابتداء كما لو باعه سلعة في يده وهو الصحيح ان شاء الله تعالى . قال القاضي لا بد من مضي مدة يتأتى القبض فيها وهل يقتصر الى اذن في القبض فيه روايتان (احدهما) يقتصر كغير المقبوض (والثانية) لا يقتصر لانه مقبوض فلا معنى لتجديد الاذن فيه وقد ذكرنا ذلك في الرهن ومذهب الشافعي في الاختلاف في اعتبار الاذن واعتبار مضي مدة يتأتى القبض فيها كذهبنا

(فصل) والواهب بالخيار قبل القبض ان شاء أقبضها وان شاء رجع فيها فان قبضها المتهب بغير اذن الواهب لم يصح القبض ولم تتم الهبة وحكي عن أبي حنيفة أنه اذا قبضها في المجلس صح وان لم يأذن له لان الهبة قامت مقام الاذن في القبض لكونها دالة على رضا بالتملك الذي لا يتم الا بالقبض

يمنع صحة القبض وتماه فان كان مما لا يمكن قسمته صحت هبته لعدم ذلك فيه ، وان وهب واحد اثنين شيئاً مما ينقسم لم يجز عند أبي حنيفة وجاز عند صاحبيه وان وهب اثنان اثنين شيئاً مما ينقسم لم يصح في قياس قولهم لان كل واحد من المتبين قد وهب له جزء مشاع

ولنا أن وقد هوأزن لما جاؤا يطلبون من رسول الله ﷺ أن يرد عليهم ما غنمه منهم قال رسول الله ﷺ « ما كان لي ولبي عبد المطلب فهو لكم » رواه البخاري وهذا هبة المشاع . وروى عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده قل : سمعت النبي ﷺ وقد جاءه رجل ودهه كبة من شعر فقال أخذت هذه من المغنم لاصح بردعة لي قل النبي ﷺ « ما كان لي ولبي عبد المطلب فهو لك »

وروى عمرو بن سلمة الضمري قال : خرجنا مع رسول الله ﷺ حتى أتينا الروحاء فرأينا حمار وحش معقراً فأردنا أخذه فقل رسول الله ﷺ « دموه فإنه يوشك أن يمسي صاحبه فجاء رجل من بهز وهو الذي عقره فقال يا رسول الله شأنكم الحمار فأمر رسول الله ﷺ أبا بكر أن يقسمه بين الناس . رواه الامام أحمد والنسائي ، ولأنه يجوز بيعه فجازت هبته كالذي لا ينقسم ولأنه مشاع فأشبهه ما لا ينقسم ، وقولهم إن وجوب القسمة يمنع صحة القبض لا يصح فإنه لم يمنع صحته في البيع فكذلك ههنا ، ومتى كانت الهبة لاثنتين فقبضها بأذنه ثبت ملكهما فيه ، وإن قبضه أحدهما ثبت للملك في نصيبه دون نصيب صاحبه

ولنا أنه قبض الهبة بغير اذن الواهب فلم يصح كما بعد المجلس وكما لو نهاه ولان التسليم غير مستحق على الواهب فلم يصح التسليم الا بأذنه كما لو أخذ المشتري المبيع من البائع قبل قبض ثمنه ، ولا يصح جعل الهبة إذناً في القبض كما بعد المجلس ويحتمل أنه اذا قبضها بحضرة الواهب أن يقوم ذلك مقام الاذن كما جعلنا أخذ المتب لها باذن الواهب دليلاً على القبول فان أذن الواهب في القبض ثم رجع عن الاذن أو رجع في الهبة صح رجوعه لان ذلك ليس بقبض وان رجع بعد القبض لم يصح رجوعه لان الهبة تمت

﴿مسئلة﴾ (فان مات الواهب قام وارثه مقامه في الاذن والرجوع)

وجلة ذلك أنه اذا مات الواهب أو المتب قبل القبض بطلت الهبة سواء كان قبل الاذن في القبض أو بعده ذكره القاضي في موت الواهب لانه تنقذ جائز فبطل بموت أحد المتعاقدين كالوكالة قال أحمد في رواية أبي طالب وأبي الحارث في رجل أهدى هدية فلم تصل الى المهدى اليه حتى مات فلما تمود الى صاحبها ما لم يقبضها وروى بإسناده عن أم كلثوم بنت أبي سلمى قالت لما تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم أم سلمة قال لها « اني أهديت الى النجاشي حلة وأواني مسك ولا أرى النجاشي الا قدمات ولا أرى هديتي الا مردودة علي فان ردت فهي لك » فكان كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ورددت عليه هديته فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية مسك وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة وان

(فصل) ومتى قلنا ان القبض شرط في الهبة لم نصح الهبة فيما لا يمكن تسليمه كالعبد الآبق والجل الشارد والمغصوب لغير غاصبه ممن لا يقدر على أخذه من غاصبه وبهذا يقول أبو حنيفة والشافعي لانه عقد يفتقر الى القبض فلم يصح في ذلك كالبيع ، وإن وهب المغصوب لغاصبه أو لم يتمكن من أخذه منه صح لانه ممكن قبضه وليس لغير الغاصب القبض الا بإذن الواهب فان وكل المالك الغاصب في قبضه صح ، وإن وكل المتهب الغاصب في القبض له قبل ومضى زمن يمكن قبضه فيه صار مقبوضاً وملكه المتهب ويرى الغاصب من ضمانه وان قلنا القبض ليس بشرط في الهبة فما لا يعتبر فيه القبض من ذلك احتمل أن لا يعتبر في صحته القدرة على التسليم وهو قول أبي ثور لانه تملك بغير عوض أشبه الوصية ، ويحتمل أن لا تصح هبته لانه لا يصح بيعه فلم تصح هبته كالحل في البطن وكذلك يخرج في هبة الطير في الهواء والسملك في الماء اذا كان مملوكاً

(فصل) ولا تصح هبة الحل في البطن والابن في الضرع وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور لانه مجهول معجز عن تسليمه ، وفي الصرف على الظاهر وجهان بناء على صحة بيعه ، ومتى أذن له في جز الصرف وحاب الشاة كان إباحة ، وإن وهب دهن مسممه قبل عمره أو زيت زيتونه أو بختته لم يصح وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم لهم مخالفاً ولا تصح هبة المعدوم كقدي ثمر شجرته أو تحمل أمه لان الهبة عقد تملك في الحياة فلم تصح في هذا كله كالبيع

مات المهدى قبل أن تصل الى المهدى اليه رجعت الى ورثة المهدى وليس لارسل حملها الى المهدى اليه الا أن يأذن الوارث والهبة كالهبة ، وقال أبو الخطاب قام وارثه مقامه في الاذن في القبض والفسخ وهذا يدل على أن الهبة لم تنفسخ بموته وهو قول أكثر أصحاب الشافعي لانه عقد ماله الى اللزوم فلم يفسخ بالموت كالبيع في مدة الخيار وكذلك يخرج فيما اذا مات الموهوب له بعد القبول وإن مات أحدهما قبل القبول أو ما يقوم مقامه بطلت وجهاً واحداً لان العقد لم يتم فهو كما لو مات المشتري بعد الإيجاب وقبل القبول فان قلنا ان الهبة لا تبطل فأت أحدهما بعد الاذن في القبض بطل الاذن لان الميت ان كان هو الواهب فقد انتقل حقه في الرجوع في الهبة الى وارثه وان كان المتهب فلم يوجد الاذن لو ارثه ، فلم يملك القبض بغير اذن والله أعلم

﴿ مسألة ﴾ (وان أبرأ الغريم غريمه من دينه أو وهبه له أو أحله منه يرى وان رد ذلك ولم يقبله) لانه اسقاط فلم يفتقر الى القبول كاسقاط القصاص والشفعة وحد القذف وكالحق والطلاق وكذلك إن قال تصدقت به عليك فان القرآن ورد في الابراء باللفظ الصدقة قال الله تعالى (ودية مسلمة الى أهله الا أن يصدقوا) وان قال عفوت لك عنه صح قال الله تعالى (الا أن يعفون او يعفو الذي يده عقدة النكاح) يريد به الابراء من الصداق ، فان قال اسقطته عنك صح لانه أنى بحقيقة اللفظ وكذلك ان قال ملكتك لانه بمنزلة هبته اياه فان وهب الدين لغير من هو في ذمته لم يصح قياساً على البيع

(نصل) قال أحمد في رواية أبي داود وحرب لا تصح هبة المجهول ، وقال في رواية حرب اذا قال شاة من غنمي يعني وهبتها لك لم يجز وبه قال الشافعي ، ويحتمل أن الجبل اذا كان في حق الواهب منع الصحة لانه غرر في حقه ، وإن كان من الموهوب له لم يمنعها لانه لا غرر في حقه فلم يعتبر في حقه العلم بما يوهب له كالموصى له ، وقال مالك تصح هبة المجهول لانه تبرع نصح في المجهول كالنذر والوصية ووجه الاول أنه عقد تملك لا يصح تعليقه بالشروط فلم يصح في المجهول كالبيع بخلاف النذر والوصية (نصل) ولا يصح تعاقب الهبة بشرط لانها تملك لمعين في الحياة فلم يجز تعليقه على شرط كالبيع فان علمنا على شرط كقول النبي ﷺ لام سلمة « إن رجعت هديتنا إلى النجاشي فهي لك » كان وعداً ، وإن شرط في الهبة شروطاً تنافي مقتضاها نحو أن يقول وهبتك هذا بشرط أن لا تنهيه أولاً ببيعته أو بشرط أن تنهيه أو ببيعته أو بشرط أن تهب فلانا شيئاً لم يصح الشرط وفي صحة الهبة وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع ، وإن وقت الهبة فقال وهبتك هذا سنة ثم يعود إلي لم يصح لانه عقد تملك لمعين فلم يصح مؤثماً كالبيع

(نصل) وإن وهب أمة واستثنى ما في بطنها صح في قياس قول أحمد فيمن أعتق أمة واستثنى ما في بطنها لانه تبرع بالام دون ما في بطنها فأشبه العتق وبه يقول في العتق النخعي واصحاق وأبو ثور وقال أصحاب الرأي تصح الهبة ويبطل الاستثناء ، ولنا أنه لم يهب الولد فلم يملك الموهوب له كالمفصل وكالموصى به

ويحتمل أن يصح لانه لا غرر فيها على المتب ولا الواهب فصح كهبه الاعيان (فصل) وتصح البراءة من المجهول اذا لم يكن لها سبيل الى معرفته وقال ابو حنيفة تصح مطلقاً وقال الشافعي لا تصح الا انه اذا اراد ذلك فقال ابرائك من درهم الى الف لان الجلالة انما منعت لاجل الضرر فاذا رضي بالجملة فقد زال الضرر وصحت البراءة

ولنا ان النبي ﷺ قال لرجلين اختصما اليه في موارد درست « اقتسما وتوخيا ثم استهما ثم تحالا » رواه ابو داود ولانه اسقاط فصح في المجهول كالطلاق والعناق وكما لو قال من درهم الى الف ، ولان الحاجة داعية إلى تبرئة الذمة ولا سبيل الى العلم بما فيها فلو وقفت صحة البراءة على العلم لكان سداً لباب عفو الانسان عن اخيه المسلم وتبرئة ذمته فلم يجز ذلك كالمنع من العتق ، فأما ان كان من عليه الحق يعلمه ويكتمه المستحق خوفاً من انه اذا علمه لم يسمح بإبرائه منه فينبغي ان لا تصح البراءة فيه لان فيه تقريراً بالمبريء وقد امكن التحرز منه ، وقال اصحابنا لو ابراه من مائة وهو يعتقد أنه لا شيء عليه وكان له عليه مائة ففي صحة البراءة وجهان (احدهما) صححتها لانها صادفت ملكه فأسقطته كما لو علمها (والثاني) لا يصح لانه ابرأه مما لا يعتقد انه عليه فلم يكن ذلك ابراء في الحقيقة ، وإصل الوجهين ما لو باع ما لا كان لموروثه يعتقد انه باق لموروثه وكان موروثه قد مات وانتقل ملكه اليه فهل يصح فيه وجهان وللشافعي قولان في البيع وفي صحة الابراء وجهان

(فصل) وإذا كان له في ذمة انسان دين فوهبه له أو أبراه منه أو أحله منه صح وبرئت ذمة الغريم منه وان رد ذلك فلم يقبله لانه اسقاط فلم يفتقر الى القبول كاسقاط القصاص والشفعة وحد القذف وكالعتق والطلاق ، وان قال تصدقت به عليك صح فان القرآن ورد في الابرار بانط الصدقة بقول الله تعالى (ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا) وان قال عفوت لك عنه صح لان الله تعالى قال (إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) يعني به الابرار من الصداق وان قال أسقطته عنك صح لانه أتى بحقيقة الانط الموضوع له ، وان قال ما كنتك إياه صح لانه بمنزلة هبته إياه

(فصل) فان وهب الدين لغير من هو في ذمته أو باعه إياه لم يصح وبه قال في البيع أبو حنيفة والثوري وأصحاب . قال أحمد اذا كان لك على رجل طعام قرضا فبه من الذي هو عليه . بنقد ولا تبعه من غيره بنقد ولا نسيئة واذا أقرضت رجلا دراهم أو دنانير فلا تأخذ من غيره عرضا مالك عليه ، وقال الشافعي إن كان الدين على ميسر أو مبادل أو جاحد له لم يصح البيم لانه معجوز عن نسيائه ، وان كان على ولي . باذل له نفيه قولان (أحدهما) يصح لانه ابتاع بمال ثابت في الذمة فصح كما لو اشترى في ذمته وبشترط أن يشتريه بهين أو بة ايضان في المجلس لئلا يكون بيع دين بدين ولذا أنه غير قادر على تسليمه فلم يصح كبيع الأبق ، فلما هبته فيحتمل أن لا تصح كالبيع ويحتمل أن تصح لانه لا غرر فيها على المتبوع ولا الوهب فصح كة الاعيان

(فصل) تصح البراة من المجهول إذا لم يكن لها سبيل إلى معرفته ، وقال أبو حنيفة تصح مطلقا

(فصل) فان كان الموهوب له طفلا او مجنونا لم يصح قبضه ولا قبوله لانه من غير اهل التصرف ويقبض له أبوه ان كان اميناً لانه اشفق عليه واقرّب اليه ، فان لم يكن له أب قبض له وصي ابيه لان الأب اقامه مقام نفسه فحري مجرى وكيله ، وان كان الأب غير مأمون او كان مجنونا او كان لاوصي له قبل الحاكم ، ولا يلي ماله غير هؤلاء الثلاثة وامين الحاكم يقوم مقامه وكذلك وكيل الأب الامين ووصيه يقوم كل واحد منهما مقام الصبي والمجنون في القبول والقبض ان احتيج اليه لانه قبول لما للصبي او المجنون فيه حظ فكان الى الولي كالبيع والشراء ولا يصح القبض من غير هؤلاء قال احمد في رواية صالح في صبي وهبت له هبة أو تصدق عليه بصدقة فقبضت الام ذلك وأبوه حاضر فقال لا اعرف للام قبضاً ولا يكون الا للأب ، وقال عثمان رضي الله عنه احق من يجوز للصبي أبوه وهذا مذهب الشافعي لا اعلم فيه خلافا لان القبض انما يكون من المتبوع او نائبه والولي نائب بالشرع فصح قبضه له ، اما غيره فلا نيابة له ، قال شيخنا ويحتمل ان يصح القبول والقبض من غيرهم عند عدمهم لان الحاجة داعية الى ذلك فان الصبي قد يكون في مكان لا حاكم فيه وليس له أب ولا وصي ويكون

وقال الشافعي لا تصح إلا أنه إذا أراد ذلك قال أبرأ بك من درهم إلى الف فلان الجاهل إنما منعت لا بطل
الفرر فإذا رضي بالجملة فقد زال الفرر وصحت البراءة

ولما أن النبي ﷺ قال لرجلين اختصما إليه في مواريث درست « اقدما وتوخيا الحق ثم استهما
ثم تحالا » رواء أبو داود ولأنه اسقاط فصيح في المجهول كالعتاق والطلاق وكما لو قال من درهم إلى الف ولأن
الحاجة داعية إلى تبرئة القدمة ولا سبيل إلى العلم بما فيها فلو وقفت صحة البراءة على العلم لكان سداً
لباب عفو الانسان عن أخيه المسلم وتبرئة ذمته فلم يجوز ذلك كالنكاح من العتق ، وأما ان كان من عليه
الحق بعلمه ويكنمه المستحق خوفاً من أنه إذا علمه لم يسمح بإبرائه منه فينبغي أن لا تصح البراءة فيه
لان فيه تفريراً بالمشتري وقد أمكن التحرز منه ، وقال أصحابنا لو أبرأ من مائة وهو يعتقد أنه لاشي
له عليه وكان له عليه مائة ففي صحة البراءة وجهان (أحدهما) صحتها لأنها صادفت ملكه فأسقطته كما لو
علمها (والثاني) لا تصح لانه أبرأ مما لا يعتقد أنه عليه فلم يكن ذلك أبرأ في الحقيقة. وأصل الوجهين
مالو باع مالا كان لموروثه يعتقد أنه باق لموروثه وكان لموروثه قدمات وانتقل ملكه اليه فهل يصح فيه
وجهان ولا شافعي قولان في البيع ، وفي صحة الابراء وجهان

(مسئله) قال (ويقبض للطفل أبوه أو وصيه أو الحاكم أو أمينه بامرهم)

وجملة ذلك أن الطفل لا يصح قبضه لنفسه ولا قبوله لانه ليس من أهل التصرف ووليهم يقوم

فقيراً لا غنى به عن الصدقات فان لم يصح قبض غيرهم له انسداد باب وصولها اليه فيضيع ويهلك ومراعاة
حفظه عن الهلاك أولى من مراعاة الولاية، فعلى هذا للام القبض له وكل من يليه من اقاربه وغيرهم
(فصل) فان كان الصبي مميزاً فحكمه حكم الطفل في قيام وليه مقامه لان الولاية لا تزول عنه
قبل البلوغ إلا أنه إذا قبل لنفسه وقبض لها صح لانه من أهل التصرف فانه يصح بيعه وشراؤه باذن
الولي فهذه أولى، ولا يحتاج إلى إذن الولي ههنا لانه مصلحة لا ضرر فيه فصح من غير إذن وليه
كوصيته وكسبه المباحات، ويحتمل أن يقف صحة القبض منه على إذن وليه دون القبول لان القبض
يحصل به مستولياً على المال فلا يؤمن تضييعه له وتقريطه فيه فيتمين حفظه عن ذلك بتوقيفه على إذن
وليّه كقبضه أو دينته بخلاف القبول فانه يحصل له به الملك من غير ضرر فجاز من غير إذن
كاحتشاشه واصطياده .

(فصل) فان وهب الاب لولده الصغير شيئاً قام مقامه في القبض والقبول ان احتسج اليه قال
ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل اذا وهب لولده الطفل داراً بعينها
أو عبداً بعينه وقبضه له من نفسه وأشهد عليه أن الهبة تامة، هذا قول مالك والثوري والشافعي وأصحاب
الرأي وروي معنى ذلك عن شريح وعمر بن عبدالعزيز ، فان كان الموهوب مما يقتصر إلى قبض اكتفى

مقامه في ذلك فان كان له أب أمين فهو وليه لانه أشدق عليه وأقرب اليه ، وإن مات أبوه الأمين وله وصي فوليه وصيه لان الأب أقامه مقام نفسه فجري مجرى وكيله ، وإن كان الأب غير مأمون لفسق أو جنون أو مات عن غير وصي فأمينه الحاكم ولا يلي ما به غير هؤلاء الثلاثة وأمين الحاكم يقوم مقامه وكذلك وكيل الأب والوصي فيتوهم كل واحد منهم مقام الصبي في القبول والقبض ان احتيج اليه لان ذلك قبول لما للصبي فيه حظ فكان الى الولي كالبيع والشراء ، ولا يصح القبض والقبول من غير هؤلاء قال أحمد في رواية صالح في صبي وهبت له هبة أو تصدق عليه بصدقة فقبضت الام ذلك وأبوه حاضر فقال لا اعرف للام قبضا ولا يكون الا للأب وقال عثمان رضي الله عنه احق من يجوز على الصبي أبوه وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه خلافا لان القبض انما يكون من المنصب أو نائبه والولي نائب بالشرع فصح قبضه له أما غيره فلا نيابة له ، ويحتمل ان يصح القبض والقبول من غيرهم عند عدمهم لان الحاجة داعية الى ذلك فان الصبي قد يكون في مكان لا حاكم فيه وليس له أب ولا وصي ويكون فقيرا لا غني به عن الصدقات فان لم يصح قبض غيرهم له انسداد باب وصرفها اليه فيضيع ويملك ومراعاة حفظه عن الملاك أولى من مراعاة الولاية . فعلى هذا للام القبض له وكل من يليه من أقاربه وغيرهم وإن كان الصبي ممرا فحكمه حكم الطفل في قيام وليه : فقامه لان الولاية لا تنزل عنه قبل البلوغ الا أنه إذا قبل لنفسه وقبض لها صح لانه من أهل التصرف فانه يصح بيعه وشرائه باذن الولي

بقوله قد وهبت هذا لابني وقبضته له لانه يعني عن القبول كما ذكرنا ولا يكفي قوله قد قبلته لان القبول لا يعني عن القبض ، وإن كان مما لا يفتقر اكتفى بقوله قد وهبت هذا لابني ولا يحتاج الى ذكر قبض ولا قبول ، قال ابن المنذر أجمع الفقهاء على أن هبة الأب لولده الصغير في حجبها لا يحتاج الى قبض وإن الاشهاد فيها يعني عن القبض وإن وليها أبوه لما رواه مالك عن الزهري عن ابن المسيب أن عثمان قال من نخل ولداً له صغيراً لم يبايع . أن يجوز نحوه فاعان ذلك وأشهد على نفسه فهي جائزة وإن وليها أبوه ، وقال الناضي لا بد في هبة الولد من أن يقول قبلته وهذا مذهب الشافعي لان الهبة عندم لا تصح الا بالإيجاب والقبول وقد ذكرنا من قبل ان قرائن الاحوال ودلائلها تنفي عن لفظ القبول ولا أدل على القبول من كون القابل هو الواهب فاعتبار لفظ لا يفيد معنى من غير ورود الشرع به تحكم لا معنى له مع مخالفته لظاهر حال أمر النبي صلى الله عليه وسلم وصحابته ، وليس هذا مذهبا لاحد فقد قال في رواية حرب في رجل أشهد بسهم من ضيعته وهي معروفة لابنه وليس له ولد غيره فقال أحب أن يقول عند الاشهاد قد قبضته له قال له فان سها قال اذا كان مفرزا رجوت فقد ذكر أحمد أنه يكتفي بقوله قد قبضته له وإن يرجو أن يكتفي مع التمييز بالاشهاد فحسب وهذا موافق للإجماع المذكور عن سائر العلماء ، وقال بعض أصحابنا يكتفي بأحد لفظين اما أن يقول قد قبلته أو قد قبضت لان القبول يعني عن القبض وظاهر كلام أحمد ما ذكرناه ولا نزق بين الأئمان وغيرها فيها

فهنا أولى ولا يحتاج الى إذن الولي ههنا لانه محض مصلحة ولا ضرر فيه فصح من غير إذن ولله كوصيته وكسب المباحات ويحتمل أن يقف صحة القبض منه على إذن ولله دون القبول لان القبض يحصل به مستولياً على المال فلا يؤمن تضييعه لا وتفریطه فيه فيتعين حفظه عن ذلك بوقفه على إذن ولله كقبضه لوديعته واما القبول فيحصل له به المالك من غير ضرر فجاز من غير إذن كاحتشاشه واصطياده (فصل) فان وهب الاب لابنه شيئاً قام مقامه في القبض والقبول ان احتيج اليه قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا وهب لولده الطفل داراً بينهما أو عبداً بعينه وقبضه له من نفسه واشهد عليه ان الهبة تامة هذا قول مالك والشافعي واصحاب الرأي وروينا معنى ذلك عن شريح وعمر بن عبد العزيز ، ثم ان كان الموهب مما ينتقل إلى قبض المكتفي بقوله قد وهبت هذا لابني وقبضته له لانه يغني عن القبول كما ذكرنا ولا يغني قوله قد قبضته لان القبول لا يغني عن القبض ، وان كان مما لا ينتقل اكتفي بقوله قد وهبت هذا لابني ولا يحتاج إلى ذكر قبض ولا قبول قال ابن عبد البر اجمع انتقها . على أن هبة الاب لابنه الصغير في حجره لا يحتاج إلى قبض وان الاشهاد فيها يغني عن القبض وان وليها أبوه لما رواه مالك عن الزهري عن ابن المسيب ان عثمان قال : من نحل ولداً له صغيراً لم يباغ أن يحوز نحوه نأعلن ذلك وأشهد على نفسه فهي جائزة وان وليها أبوه ، وقال القاضي لابد في هبة الولد من أن يقول قد قبضته وهذا مذهب الشافعي لان الهبة عندهم لا تنصح إلا بإيجاب وقبول ، وقد ذكرنا من قبل أن قرآن الاحوال ودلالاتها تغني عن

ذكرنا وبه قال ابو حنيفة والشافعي وقال مالك ان وهب له مالا يعرف بعينه كالاعان لم يجز الا ان يضعها على يد غيره لان الاب قد يتف ذلك او يتاف بغير سببه فلا يمكن ان يشهد على شيء بعينه فلا ينفع القبض شيئاً

ولنا ان ذلك مما يصح هبته فاذا وهبه لابنه الصغير وقبضه له صح كالعروض

(فصل) فان كان الواهب للصبي غير الاب من اوليائه فقال أصحابنا لابد أن يوكل من يقبل للصبي ويقبض له ليكون الايجاب منه والقبول والقبض من غيره كما في البيع بخلاف الاب فانه يجوز أن يوجب ويقبض اذ لو كانه يجوز أن يبيع لنفسه ، قال شيخنا والصحيح عندي أن الاب وغيره في هذا سواء لانه عقد يجوز أن يصدر منه ومن وكيله فجاز ان يتولى طرفيه كالأب . وفارق البيع فانه يجوز ان يوكل من يشتري له ولان البيع عقد معاوضة ومراجعة فيتهم في عقده لنفسه والهبة محض مصلحة لا تهمة فيها وهو ولي فجاز ان يتولى طرفي العقد كالأب ، ولان البيع انما منع منه لما يأخذه من العوض لنفسه من مال الصبي وهو ههنا يعطي ولا يأخذ فلا وجه لمنعه من ذلك وتوقيفه على توكيل غيره ولاتنا قد ذكرنا انه يستغنى بالإيجاب والاشهاد عن القبض والقبول فلا حاجة الى التوكيل فيها مع غناه عنها

لفظ القبول ولا أدل على القبول من كون القابل هو الواهب فاعتبار لفظ لا يفيد معنى من غير ورود الشرع به تحكم لا معنى له مع مخالفته لظاهر حال النبي ﷺ وصحابته وليس هذا مذهبا لاحد فقد قال في رواية حرب في رجل أشهد بسهم من ضيعته وهي معروفة لابنه وليس له ولد غيره فقال أحب إلى أن يقول عند الاشهاد قد قبضته له قيل له فإن سها؟ فقال اذا كان مفرزا رجوت فقد ذكر أحمد أنه يكتبني بقوله قد قبضته له وأنه يرجو أن يكتبني مع التمييز بالاشهاد فحسب وهذا موافق للاجماع المذكور عن سائر العلماء، وقال بعض أصحابنا يكتبني باحد اللفظين إيمان يقول قد قبضته أو قد قبضته لان القبول يفني عن القبض وظاهر كلام أحمد ما ذكرناه، ولا فرق بين الأيمان وغيرها فيما ذكرناه يقول ابو حنيفة والشافعي وقال مالك ان وهب له مالا يعرف بعينه كالأيمان لم يجز إلا أن يضعها على يد غيره لان الاب قد يتلف ذلك ويتلف بغير سببه ولا يمكن أن يشهد على شيء بعينه فلا ينفع القبض شيئا ولنا أن ذلك مما لا تصح هبته فاذا وهب لابنه الصغير وقبضه له وجب أن تصح كالعروض

(فصل) وان كان الواهب للصبي غير الاب من اوليائه فقال أصحابنا لا بد من أن يوكل من يقبل للصبي ويقبض له ليكون الايجاب منه والقبول والقبض من غيره كفي البيع بخلاف الاب فانه يجوز أن يوجب ويقبض اكونه يجوز أن يبيع لنفسه، والصحيح عندنا أن الاب وغيره في هذا سواء لانه عقد يجوز أن يصدر منه ومن وكيله فجاز له أن يتولى طرفه كالاب، وفارق البيع فانه لا يجوز

(فصل) فأما الهبة من الصبي لغيره فلا تصح سواء اذن فيها الولي او لم يأذن لانه محجور عليه لحظ نفسه فلا يصح تبرعه كالفقيه، فأما العبد فلا يجوز ان يهب الا باذن سيده لانه مال لسيده وماله مال لسيده فلا يجوز له ازالة ملك سيده عنه بغير اذنه كالأجنبي وقد ذكرنا في جواز الصدقة من قوته بالرغيف ومحوه رواية ان ذلك جائز وذكرنا دليله في الحجر والعبد ان يقبل الهدية والهبة بغير اذن سيده نص عليه احمد لانه تحصيل المال للسيد فلم يعتبر اذنه فيه كالالتقاط والاصطياد ونحوه :

(فصل) والقبض في الهبة كالقبض في البيع وقد ذكرنا ذلك والاختلاف فيه في كتاب البيع وهذا مقيس عليه

(مسئلة) (وتصح هبة المشاع وبه قال مالك والشافعي وسواء في ذلك ما أمكن قسمته او لم يمكن وقال اصحاب الرأي لا تصح هبة المشاع الذي يمكن قسمته لان القبض شرط في الهبة ووجوب القسمة يمنع صحة القبض وتامه وتصح هبة مالا يمكن قسمته لعدم ذلك فيه فان وهب واحد اثنين شيئا مما ينقسم لم يجز عند أبي حنيفة وجاز عند صاحبيه وان وهب اثنان اثنين شيئا مما ينقسم لم يصح في قياس قولهم لان كل واحد من المتهين قد وهب له جزء مشاع

أن يוכל من يشتري له ولأن البيع عقد معاوضة ومراجعة فيتهم في عقده لنفسه ، والهبة بمحض مصلحة لأهله فيها وهو ولي فيه فجاز أن يتولى طرفي العقد كالأب ولأن البيع إنما منع منه لما يأخذه من العوض لنفسه من مال الصبي وهو ههنا يعطى ولا يأخذ فلا وجه لمنعه من ذلك وتوقيفه على توكيل غيره ، ولأننا قد ذكرنا أنه يستغنى بالإيجاب والشهاد إلى القبض والقبول فلا حاجة إلى التوكيل فيهما مع غناء عنهما (فصل) فأما الهبة من الصبي لغيره فلا تصح سواء أذن فيها الولي أو لم يأذن لأنه محجور عليه لحظ نفسه فلم يصح تبرعه كالسبية ، وأما العبد فلا يجوز أن يهب إلا بأذن سيده لأنه مال لسيده وماله مال لسيده فلا يجوز له إزالة ملك سيده عنه بغير إذنه كالأجنبي ، وله أن يقبل الهبة بغير إذن سيده نص عليه أحمد لأنه لا تحصيل للمال للسيد فلم يعتبر إذنه فيه كالانقطاع وما وهبه سيده لأنه من اكتسابه فأشبه اصطباذه

(مسألة) قال (وإذا فاضل بين ولده في العطية أمر برده كما أمر النبي ﷺ)

وجملة ذلك أنه يجب على الإنسان التسوية بين أولاده في العطية إذا لم يختص أحدهم بمعنى يبيح التفضيل فإن خص بعضهم بعطية أو فاضل بينهم فيها أم ووجبت عليه التسوية بإحد أمرين إما رد ما فضل به البعض وإما إتمام نصيب الآخر قال طارس لا يجوز ذلك ولا رغيف محترق وبه قال ابن المبارك ، وروى معناه عن مجاهد وعروة وكان الحسن يكره ويحجزه في القضاء ، وقال مالك والليث والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ذلك جائز ، وروى معنى ذلك عن شريح وجابر بن زيد والحسن بن صالح لأن أبا بكر رضي

ولنا أن وفد هوازن لما جاءوا يطلبون من رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرد عليهم ما غنمه منهم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما كان لي ولبنني عبد المطلب فهو لكم » رواه البخاري وهو هبة مشاع وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم وقد جاء رجل ومعه كبة من شعر فقال أخذت هذه من النعم لأصلح بها بردعة لي فقال النبي صلى الله عليه وسلم « ما كان لي ولبنني عبد المطلب فهو لك » وروى عمير بن سلمة الضمري قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى أتينا الروحاء فرأينا حمار وحش معقوراً فأردنا أخذه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « دعوه فإنه يوشك أن يجيء صاحبه » فجاء رجل من بهز وهو الذي عقره فقال يا رسول الله شأنكم بالحمار فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقسم بين الناس رواه الإمام أحمد والنسائي ولأنه يجوز بيعه فجازت هبته كالذي لا ينقسم ، وقولهم أن وجوب القسمة يمنع صحة القبض لا يصح لأنه لا يمنع صحته في البيع فكذا ههنا ، ومتى كانت الهبة لاثنتين فقبضاه بأذنه ثبت ملكها فيه وإن قبضه أحدهما ثبت الملك في نصيبه دون صاحبه

(مسألة) (وتصح هبة ما يجوز بيعه لأنه يملك في الحياة فصح كالبيع وتصح هبة الكلب وما يباح الانتفاع به من النجاسات لأنه تبرع فجاز في ذلك كالوصية ، ومتى قلنا إن القبض شرط في الهبة

الله عنه نحل عائشة ابنته جذاذ عشرين وسقاً درن سائر ولده ، واحتج الشافعي بقول النبي ﷺ في حديث النعمان بن بشير «أشهد على هذا غيري» فأمره بتأكيدها دون الرجوع فيها ولأنها عطية لازم بموت الأب فكانت جائزة كما لو سوى بينهم

وأما ما روى النعمان بن بشير قال : تصدق علي أبي ببعض ماله فقالت أمي عمرة بنت رواحة لا أرضى حتى تُشهد عليها رسول الله ﷺ فجاء أبي رسول الله ﷺ يشهده على صدقته فقال «أكل ولدك أعطيت مثله ؟» قال لا قال «فأنقوا الله وأعدوا بين أولادكم» قال فرجهم أبي فذلك الصدقة ، وفي لفظ قال «فأردده» وفي لفظ قال «فأرجمه» وفي لفظ «لا تشهدني على جور» وفي لفظ «فاشهد على هذا غيري» وفي لفظ «سو بينهم» وهو حديث صحيح متفق عليه وهو دليل على التحريم لأنه سماه جوراً وأمر برده وامتنع من الشهادة عليه والجور حرام والأمر بقتضي الوجوب ولأن تفضيل بعضهم يورث بينهم العداوة والبغضاء وقطية الرحم فمنه كتم زوبيج المرأة على عمتها أو خالتها . وقول أبي بكر لا يمارض قول النبي

لم تصح الهبة فيما لا يمكن تسليمه كالعبد الآبق والجل الشارد والمنصوب لغير غايته من لا يقدر على أخذه منه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي لأنه عقد يقتصر إلى القبض أشبه البيع فإن وهب المنصوب لغايته أو لمن يتمكن من أخذه منه صح لا مكان قبضه ، وليس لغير الناصب القبض إلا بأذن الواهب فإن وكل المالك الناصب في تقيضه صح وإن وكل المتهب الناصب في القبض له قبل في زمن يمكن قبضه فيه صار مقبوضاً وملكه المتهب ويرى الناصب من ضمانه وإن قلنا القبض ليس شرطاً في الهبة فما لا يعتبر فيه القبض من ذلك يحتمل أن لا يستبر في صحة هبته القدرة على التسليم وهو قول أبي ثور لأنه تملك بلا عوض أشبه الوصية ويحتمل أن لا تصح هبته لأنه لا يصح يمينه أشبه الحمل في البطن وكذلك يخرج في هبة الطير في الهواء أو السمك في الماء إذا كان معلوكاً

﴿مسئلة﴾ (ولا تصح هبة المجهول كالحمل في البطن واللبن في الضرع)

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور لأنه مجهول معجوز عن تسليمه فلم تصح هبته كما لا يصح يمينه ، وفي الصوف على الظاهر وجهان بناء على صحة يمينه ، ومتى أذن له في جز الصوف وحلب الشاة كان لإباحة وإن وهب دهن سمسمة قبل عصره أو زيت زيتونة أو جفته لم يصح وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا تعلم لهم مخالفاً ، ولا تصح هبة المعدوم كالذي تحمل أمته أو شجرته لأن الهبة عقد تملك في الحياة فلم تصح في هذا كله كالبيع

(فصل) قد ذكرنا أن هبة المجهول لا تصح نص عليه أحمد في رواية أبي داود وحرب وبه قال الشافعي ، قال شيخنا ويحتمل أن الجهل إذا كان من الواهب منع الصحة لأنه غرر في حقه وإن كان من الموهوب له لم ينعها لأنه لا غرر في حقه فلم يستبر في حقه العلم بما يوجب له كالوصية ، وقال مالك : تصح هبة المجهول لأنه تبرع فصح في المجهول كالنذر والوصية

ﷺ ولا يخرج به معه . ويحتمل ان أبا بكر رضي الله عنه خصها بعطينته لما جئها وعجزها عن الكسب والتسبب فيه مع اختصاصها بفضائها وكونها أم المؤمنين زوج رسول الله ﷺ وغير ذلك من فضائلها ويحتمل أن يكون قد نحلها ونحل غيرها من ولده أو نحلها وهو يريد أن ينحل غيرها فأدركه الموت قبل ذلك، ويتمين حمل حديثه على أحد هذه الوجوه لأن حمله على مثل محل النزاع منهي عنه وأقل أحواله الكراهة والظاهر من حال أبي بكر اجتناب المكروهات ، وقول النبي ﷺ « فأشهد على هذا غيري » ليس بأمر لأن أدنى أحوال الأمر الاستحباب والندب ولا خلاف في كراهة هذا ، وكيف يجوز أن يأمره بأأكده مع أمره برده وتسميته إياه جوراً ، وحمل الحديث على هذا حمل للحديث النبي ﷺ على التناقض والتضاد ولو أمر النبي ﷺ بأشهاد غيره امتثل بشير أمره ولم يرد ، وإنما هذا تهديد له على هذا فيفيد ما أفاده النهي عن إتمامه والله أعلم

ولنا أنه عقد عليك لا يصح تعليقه بالشروط فلم يصح في المجهول كالبيع بخلاف التذرع والوصية فاما ما لا يقدر على تسايمة فتصح هبته في أحد الاحتمالين اذا قلنا إن القبض ليس بشرط في صحة الهبة وقد ذكرناه .

(مسئلة) (ولا يجوز تعليقها على شرط ولا شرط ما ينافي مقتضاها نحو أن لا يبيعها ولا يهبها) لا يصح تعليق الهبة على شرط لأنها عليك لعين في الحياة فلم يجوز تعليقها على شرط كالبيع ، فان عاقبها على شرط كقول النبي ﷺ « لا سلمه » ان رجعت هديتنا الى النجاشي فهي لك « كان وعداً لا هبة ومتى شرط شرطاً ينافي مقتضاها نحو أن لا يبيعها ولا يهبها أو بشرط أن يبيعه أو يهبه أو أن يهب فلاناً شيئاً لم يصح الشرط رواية واحدة ، وفي صحة الهبة وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع . (مسئلة) (ولا توفيتها كقوله وهبتك هذا سنة)

اذا وقت الهبة كقوله وهبتك هذا سنة ثم يعود الي لم يصح لانه عندك لمعين فلم تصح مؤقناً كالبيع (فصل) وان وهب أمة واستثنى ما في بطنها صح في قياس قول احمد فيمن اعتق أمة واستثنى ما في بطنها لانه تبرع بالأمة واستثنى ما في بطنها أشبه العتق ، وبه يقول في العتق النخعي وأبو حنيفة وأبو ثور ، ويخرج أن لا يصح كما لو باع أمة واستثنى ما في بطنها ، وقد ذكرناه في البيع ، وقال أصحاب الرأي تصح الهبة ويطل الاستثناء ، ولنا أنه لم يهب الولد فلم يملكه الموهوب له كالمفصل والموصى به . (مسئلة) (الا في العمرى والرقبي وهو أن يقول أعمرتك هذه الدار أو أرقبتكها أو جعلتها لك

عمرتك أو حياتك فانه يصح وتكون للمعمر ولورثته من بعده)

العمرى والرقبي نوعان من أنواع الهبة يقتصران الى ما يقتصر اليه سائر الهبات من الإيجاب والقبول والقبض أو ما يقوم مقام ذلك عند من اعتبره ، وهوورة العمرى أن يقول أعمرتك داري هذه أو هي لك عمرتك أو ماعشت أو مدة حياتك أو ما حييت أو نحو هذا ، سميت عمرى لتقيدها بالعمر ، والرقبي

(فصل) فان خص بعضهم لمنفى يقتضي تخصيصه مثل اختصاصه بحاجة أو زمانة أو مسمى أو كثرة عائلة أو اشتغاله بالعلم أو نحوه من الفضائل، أو صرف عطيته عن بعض ولده لنفسه أو بدعته أو لكونه يستعين بما يأخذه على معصية الله أو بنفقة فيها فقد روي عن أحمد ما يدل على جواز ذلك لقوله في تخصيص بعضهم بالوقف : لا بأس به إذا كان لحاجة وأكرهه إذا كان على سبيل الأثرة ، والعطية في معناه وبمحتمل ظاهر لفظة المنع من التفضيل والتخصيص على كل حال لكون النبي ﷺ لم يستفصل بشيراً في عطيته ، والاول أولى ان شاء الله لحديث أبي بكر ، ولان بعضهم اختص بمنفى يقتضي العطية فجاز أن يختص بها كما لو اختص القرابة . وحديث بشير قضية في عين لا عموم لها ، وترك النبي ﷺ الاستفصال

أن يقول أرقبتك هذه الدار أو هي لك حياتك على أنك ان مت قبلي عادت الي وان مت قبلك فهي لك ولمعقبك فكانه يقول هي لآخرنا موتاً ، ولذلك سميت رقبى لان كل واحد منها يرقب موت صاحبه ، وهما جائزان في قول أكثر أهل العلم ، وحكي عن بعضهم أنها لا تصح لقول النبي ﷺ « لا تعمروا ولا ترقبوا »

ولما ماروى جابر قال : قال رسول الله ﷺ « العمرى جائزة لاهلها والرقبى جائزة لاهلها » رواه أبو داود والترمذي ، وقال حديث حسن ، فاما التمهى فاما ورد على وجه الاعلام لم انكم ان أعمرتم أو أرقبتم يعد للعمر والمرقب ولم يعد اليكم منه شيء ، وسياق الحديث يدل عليه فانه قال « فمن أعمر عمرى فهي لذي أمرها حياً وميتاً وعقبه » ولو أريد به حقيقة التمهى لم يمنع ذلك صحته فان التمهى انما يمنع صحة ما يفيد التمهى عنه قائدة ، أما اذا كان صحة التمهى ضرراً على مرتكبه لم يمنع صحته كالأطلاق في زمن الحيض ، وصحة العمرى ضرر على المعمر فان ملكه يزول بغير عوض . اذا ثبت ذلك فان العمرى تنقل الملك الى المعمر ، وبهذا قال جابر بن عبد الله وابن عمر وابن عباس وشريح ومجاهد وطاوس والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، وروي ذلك عن علي ، وقال مالك والبيهقي : العمرى تملك المنافع لا تملك بها رقبة المعمر بحال ويكون للمعمر السكنى فيه فان مات ماتت الى المعمر وان قال له ولمعقبه كان سكنها لهم فاذا انقضوا ماتت الى المعمر ، واحتج بما روى يحيى بن سعيد عن عبد الرحمن بن القاسم قال سمعت مكحولاً يسأل القاسم بن محمد عن العمرى ما يقول الناس فيها فقال القاسم ما أدركت الناس الا على شروطهم في أموالهم وما أعطوا ، وقال ابراهيم الحاربي عن ابن الاعرابي لم يختلف العرب في العمرى والرقبى والافقار والمنحة والمارية والسكنى والاطراق انها على ملك أربابها ومنافعها لمن جعلت له ولان التملك لا يتأقت كما لو باعه الى مدة فاذا كان لا يتأقت حل قوله على تملك المنافع لانه يصح توقيته

ولما ماروى جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « امسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها

يجوز أن يكون له بالحل . فان قيل لو علم بالحل لما قل « لك ولد غيره ؟ » قلنا يحتمل أن يكون السؤال هنا لبيان العلة كما قال عليه السلام الذي سأله عن بيع الرطب بالتمر « أينقص الرطب إذا يفس ؟ » قال نعم قال « فلا إذا » وقد علم ان الرطب ينقص لكن فيه السائل بهذا على علة المنع من البيع كذا هنا (فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في استحباب الذبوبة وكرهها التفضيل . قال ابراهيم : كانوا يستحبون أن يسووا بينهم حتى في النبل . إذا ثبت هذا فالذبوبة المستحبة أن تقسم بينهم على حسب قسمة الله تعالى الميراث فجعل لذلك مثل حظ الاثنين وبهذا قال عطاء وشريح واسحاق ومحمد بن الحسن . قال

قائه من عمر عمرى فهي للذي أعمرها حياً وميتاً ولعقبه » رواه المسلم وفي لفظ قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعمرى لمن وهبت له متفق عليه ، وروى ابن ماجه عن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا رقبى ، فمن أرقب شيئاً فهو له حياته وموته » وعن زيد بن ثابت ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل العمرى للوارث وقد روى مالك حديث العمرى في موطنه وهو صحيح رواه جابر وابن عمر وابن عباس وسماوية وزيد بن ثابت وأبو هريرة ، وقول القاسم لا يقبل في مخالفة من سمينا من الصحابة والتابعين فكيف يقبل في مخالفة سيد المرسلين ؟ ولا يصح دعوى اجماع أهل المدينة لكثرة من قال بها مهم وقضى بها طارق بالمدينة بأمر عبد الملك بن مروان وقول ابن الاعراب انها عند العرب تملك المنافم لا يضر اذا نقلها الشرع إلى تملك الرقبة كما نقل الصلاة من الدعاء الى الافعال المنظومة ونقل الظهار والايلاء من الطلاق إلى أحكام مخصوصة ، قولهم ان التملك لا يتأقت قلنا فذلك أبطل الشرع تأقيتها وجعلها تملكاً مطلقاً فان قال في العمرى انها للعمر وعقبه كان أو كيداً لحكمها وتكون للعمر ولورثته وهو قول جميع القائلين بها

(مسئلة) (وان شرط رجوعها الى المعمر عند موته أو قال هي لا آخرنا موتاً صحيح الشرط وعنه لا يصح وتكون للعمر ولورثته من بعده)

أما إذا شرط رجوعها الى المعمر ضد موته أو قال هي لا آخرنا موتاً أو اذا مت عادت الى إن كنت حياً أو الى ورثتي ففيه روايتان

(احداها) صحة العقد والشرط ومتى مات المعمر رجعت الى المعمر ، وبه قال القاسم بن محمد وزيد بن قسيط والزهرى وأبو سلمة بن عبد الرحمن وابن أبي ذئب ومالك وأبو ثور ودادود وهو أحد قولي الشافعي لما روى جابر قال إنما العمرى التي أجاز رسول الله ﷺ أن يقول هي لك ولعقبك قلنا اذا قال هي لك ما عشت قلنا ترجم الى صاحبها متفق عليه ، وروى مالك في موطنه عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ايمارجل اعمر عمرى له ولعقبه قلنا الذي أعطينا لا ترجع الى من أعطاه » لانه أعطى عطاء وقت فيه الموارث ولقول النبي صلى الله عليه وسلم « المؤمنون على شروطهم وقال القاسم بن محمد : ما أدركت الناس إلا على شروطهم في أموالهم .

شريح لرجل قسم ماله بين ولده : ارددم الى سهام الله تعالى وفرانسه : وقال عطاء : ما كانوا يقسمون إلا على كتاب الله تعالى . وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي وابن المبارك : تعطى الاثنى مثل ما يعطى الذكر لان النبي ﷺ قال لبشير بن سعد « سو بينهم » وعال ذلك بقوله « أسرك أن يستووا في برك ؟ » قال نعم قال « فسو بينهم » والبنت كالابن في استحقاق برها وكذلك في عطيتها . وعن ابن عباس قال قال رسول الله « سورا بين أولادكم في العطية ولو كنت مؤثراً لآثرت النساء على الرجال » رواه سعيد في سننه . ولأنها عطية في الحياة فاستوى فيها الذكر والاثنى كالنقعة والكسوة

ولنا أن الله تعالى قسم بينهم فجعل للذكر مثل حظ الاثنيين وأولى ما اقتدي بقسمة الله ، ولأن العطية في الحياة أحد حالي العطية فجعل للذكر منها مثل حظ الاثنيين كحالة الموت يعني الميراث بحقه ان العطية استعجال لما يكون بعد الموت فينبغي أن تكون على حسيبه كما أن معجل الزكاة قبل وجوبها

(والثانية) أنها تكون للمعمر أيضاً ولورثته ويطل الشرط وهو قول الشافعي في الجديد وأبي حنيفة ، قال شيخنا وهو ظاهر المذهب نص عليه أحمد في رواية أبي طالب للأحاديث المظلمة التي ذكرناها ولعمول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا رقبى ، فمن أرقب شيئاً فهو له حياته وموته » ، قال مجاهد والرقبى هو أن يقول هي للآخر مني ومثك موتاً قال مجاهد سميت بذلك لان كل واحد منهما يرقب موت صاحبه ، وروى الامام أحمد بإسناده عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لا عمرى ولا رقبى ، فمن أقر شيئاً أو أرقبه فهو له حياته وموته » وهذا صريح في ابطال الشرط لان الرقبى يشترط فيها عودها الى المرقب ان مات الآخر قبله فاما حديثهم الذي احتجوا به فنقول جابر نفسه وإنما نقل لفظ النبي صلى الله عليه وسلم قال « امسكوا عليكم أموالكم ولا تقسدها ، فانه من عمرى عمرى فهي للذي أقرها حياً وميتاً ولعقبه » ولاتألو أجزنا هذا الشرط كانت هبة مؤقته والهبة لا يجوز فيها التأقيت وإنما لم يفسدها الشرط لانه ليس بشرط على المعمر وإنما شرط ذلك على ورثته ومضى لم يكن الشرط مع المفقود معه لم يؤثر فيه وإنما قوله في الحديث الآخر لانه أعطى عطاء وقفت فيه الموارث فهذه الزيادة من كلام أبي سلمة بن عبد الرحمن كذلك رواه ابن أبي ذئب ، وفصل هذه الزيادة فقال عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى فيمن أقر عمرى له ولعقبه فهي له بئله لا يجوز المعطي فيها شرط ولا مثنوية قال أبو سلمة لانه أعطى عطاء وقفت فيه الموارث

(فصل) والرقبى كالعمرى قال أحمد هي أن يقول هي لك حياتك فإذا مت فهي لفلان أو هي راجعة الي وهي كالعمرى فيما إذا شرط عودها إلى المعمر قال علي رضي الله عنه العمرى والرقبى سواء وقال طاوس من أرقب شيئاً فهو سبيل الميراث وقال الزهري الرقبى وصية يعني ان معناها اذا مت فهذا لك وقال الحسن ومالك وأبو حنيفة الرقبى باطلة لما روى أن النبي ﷺ أجاز العمرى وأبطل المرقبى لان

يؤديها على ضمة أدائها بعد وجوبها وكذلك الكفارات المعجلة ولأن الذكر أحوج من الانثى من قبل
انها إذا تزوجا جميعاً فالصداق والنفقة ونفقة الاولاد على الذكر، والانثى لها ذلك فكان أولى بالتفضيل
لزيادة حاجته وقد قسم الله تعالى الميراث ففضل الذكر مقروناً بهذا المعنى فعمل به ويتعدى ذلك الى
العطية في الحياة . وحديث بشير قضية في عين وحكاية حال لا عموم لها وإنما ثبت حكمها فيها مائلاً ولا
نعلم حال أولاد بشير هل كان فيهم أنثى أو لا ؟ ولعل النبي ﷺ قد علم أنه ليس له الا ولد ذكر ثم
تحمل التسوية على القسمة على كتاب الله تعالى ويحتمل أنه أراد التسوية في أصل العطاء لاني صنته فان
القسمة لا تقتضي التسوية من كل وجه وكذلك الحديث الآخر ودليل ذلك قول عطاء : ما كانوا
يقسمون إلا على كتاب الله تعالى وهذا خبر عن جميعهم على أن الصحيح من خبر ابن عباس أنه مرسل

معناها أنها لا آخر منا وهذا تملك معلق بخاطر ولا يجوز تعليق التعليك بالخطر
ولنا ما ذكرنا من الاحاديث وحديثهم لا نعرفه ولا نعلم ان معناها ما ذكروه بل معناها انها لك
حياتك فان مت رجعت إلي فتكون كالعمري سواء لانه زاد شرطها لورثة المرقب ان مات المرقب قبله
وهذا يبين تأكيدها على العمري

(فصل) ونصح العمري في الحيوان والثياب لانها نوع هبة فصحت في ذلك كمائر الهبات وقد
روي عن احمد في الرجل يعمر الجارية أنه قال لأرأى له وطأها قال القاضي لم يتوقف أحد في وطئ
الجارية لمدم المالك فيها لكن على طريق الورع لكون الوطئ استباحة فرج وقد اختلف في العمري
فجعلها بعضهم تملك المانع فلم ير له وطأها لهذا ولو وطئها جاز

(فصل) وقد ذكرنا أنه لو وقت الهبة في غير العمري والرقبي كقول (وهبتك هذا سنة) أو الى
ان يقدم الحاج أو الى ان يبلغ ولدي أو مدة حياة فلان ونحو هذا لم يصح لأنها تملك للرقبة فلم تصح
موقفة كالبيع وتفارق العمري والرقبي لان الانسان إنما يملك الشيء عمره فإذا ملكه عمره فقد وقته بما
هو موقت به في الحقيقة فصار ذلك كالطلق

(فصل) فاما ان قال سكنها لك عمرك فله اخذها في أي وقت أحب وكذلك ان قال اسكنها أو
أسكنكها عمرك أو نحو ذلك فليس هذا عقداً لازماً لانه في التحقيق هبة المنافع والمنافع إنما تستوفي
بمضي الزمان شيئاً فشيئاً فلا تلزم إلا في قدر ما قبضه منها واستوفاه بالسكنى فعلى هذا للمسكن الرجوع
مضى شاء وبطل بموت من مات منها وبه قال أكثر اهل العلم منهم الشعبي والتخمي والثوري والشافعي
واسحاق واصحاب الرأي وقال الحسن وعطاء وقنادة هي كالعمري يثبت فيها مثل حكمها وحكي عن
الشعبي أنه قال اذا قال هي لك اسكن حتى تموت فهي له حياته وموته، وان قال داري هذه اسكنها حتى
تموت فانها ترجع الى صاحبها لانه إذا قال لك فقد جعل له رقبته فتكون عمري ، واذا قال اسكن
داري هذه فانما جعل له نفهما دون رقبته فتكون عارية

(فصل) وليس عليه التسوية بين سائر أقاربه ولا اعطائهم على قدر موارثهم سواء كانوا من جهة واحدة كاخوة وأخوات وأعمام وبني عم أو من جهات كبنات وأخوات وغيرهم، وقال أبو الخطاب المشروع في عطية الاولاد وسائر الأقارب أن يعطيتهم على قدر ميراثهم فإن خالف وفعل فعليه أن يرجع ويعيدهم بالنحلة لأنهم في معنى الاولاد فثبت فيهم مثل حكمهم

ولنا أنها عطية لغير الاولاد في صحته فلم تجب عليه التسوية كما لو كانوا غير وارثين ولأن الأصل إباحة تصرف الانسان في ماله كيف شاء وإنما وجبت التسوية بين الاولاد بالخبر وليس غيرهم في معنهم لأنهم استوتوا في وجوب بر والدم فاستوتوا في عطيتهم وبهذا علل النبي ﷺ حين قال «أيسرك أن يستوتوا في برك؟» قال نعم قل «فسو بينهم» ولم يوجد هذا في غيرهم ولأن الوالد الرجوع فيما أعطى والده فيمكنه أن يسوي بينهم باسترجاع ما أعطاه لبعضهم ولا يمكن ذلك في غيرهم ولأن الاولاد

ولنا ان هذا إباحة المনাخ فلم يقع لازماً كالملكية وفارق العمى قلنا هبة الرقة فأما قوله هذه لك أسكنها حتى تموت فإنه يحتمل لك سكنها حتى تموت وتفسيرها بذلك دليل على أنه أراد السكنى فأشبهه ماله قال هذه لك سكنها وإذا احتمل أنه يريد به الرقة واحتمل أن يريد السكنى فلا نزاع ملكه بالاحتمال. (فصل) إذا وهب هبة فاسدة أو باع بيعاً فاسداً ثم وهب تلك العين أو باعها بعقد صحيح مع علمه بفساد الاول صح العقد الثاني لانه تصرف في ملكه، طالما بأنه ملكه، وإن اعتقد صحة العقد الاول في الثاني وجهان (أحدهما) صحته لانه تصرف صادق ملكه وتم بشروطه فصح كما لو علم فساد الاول (والثاني) لا يصح لانه تصرف تصرفاً يستند فساد ففسد كما لو صلى يعتقد انه محدث فبان متطهر أو هكذا لو تصرف في عين يعتقد انها لايه فبان أنه قدماء وملكها الوارث أو نصب عيناً فباعها يعتقد انها منصوبة فبان انها ملكه فعلى الوجهين . قال القاضي: أصل الوجهين من باشر امرأة بالطلاق يعتقد انها أجنبية فبانت امرأته أو باشر بالعتق من يعتقد انها حرة فبانت امته ففي وقوع الطلاق والحريه روايتان ولا مشافهة في هذه المسئلة وجهان كما حكينا والله أعلم

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (والمشروع في عطية الاولاد القسمة بينهم على قدر ميراثهم) ولا خلاف بين أهل العلم في استحباب التسوية بينهم وكراهية التفضيل قال ابراهيم كانوا يستحبون التسوية بينهم حتى في القبل، إذا ثبت هذا فالسوية المستحبة ان يقدم بينهم على حسب قسمة الله تعالى الميراث للذكر مثل حظ الانثيين ، وبه قال عطاء وشريح واستحقاق ومحمد بن الحسن قال شريح لرجل قسم ماله بين ولده : أرددهم الى سهام الله وفرائضه وقال عطاء ما كانوا يقسمون الا على كتاب الله تعالى ، وقال ابو حنيفة ومالك والشافعي وابن المبارك يعطي الانثى مثل ما يعطي الذكر لان النبي ﷺ قال لبشير بن سعد «سو بينهم» وعلل ذلك بقوله «أيسرك ان يستوتوا في برك؟» فقال نعم قال «فسو بينهم» والبتت كالأبن في استحقاق برها فكذلك في عطيتها وعن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

اشددة محبة الوالد لهم وصرف ماله اليهم عادة يتنافسون في ذلك ويشتر عليهم تفضيل بعضهم ولا يساوهم في ذلك غيرهم فلا يصح قياسه عليهم ولا نص في غيرهم ولأن النبي ﷺ قد علم لبشر زوجة ولم يأمره باعطائها شيئاً حين أمره بالتسوية بين اولاده ولم يسأله هل لك وارث غير ولدك ؟

(فصل) والام في المنع من المناضلة بين الاولاد كلاب أقول النبي ﷺ « اتقوا الله واعملوا بين اولادكم » ولأنها أحد الوالدين فنعت التفضيل كلاب ، ولأن ما يحصل بتخصيص الاب بعض ولده من الحسد والمداوة يوجد مثله في تخصيص الام بعض ولدها فثبت لها مثل حكمه في ذلك

(فصل) وقول الخرقى : أمر برده يدل على أن الاب الرجوع فيها واجب لولده وهو ظاهر مذهب أحمد سواء قصد رجوعه التسوية بين الاولاد أو لم يرد وهذا مذهب مالك والارزاعي والشافعي وإسحاق وأبي ثور وعن أحمد رواية أخرى ليس له الرجوع فيها وبها قال أصحاب الرأي والثوري

«سواء بين اولادكم في العطية ولو كنت مؤثراً أحداً لا تراث النساء على الرجال» رواه سعيد في سننه ولأنها عطية في الحياة فاستوى فيها الذكر والانثى كالتفقة والكسوة

ولنا أن الله تعالى قسم بينهم فجعل للذكر مثل حظ الانثيين وأولى ما اقتدى به قسمة الله تعالى ولأن العطية في الحياة إحدى حالتها العطية فيجعل للذكر منها مثل حظ الانثيين كحالة الموت يعني الميراث بحقيقة أن العطية استمجال لما يكون بعد الموت فينبغي أن تكون على حصة كما أن معجل الزكاة قبل وجوبها يؤديها على صفة ادائها بعد وجوبها وكذلك الكفارات المعجلة ولأن الذكر أحوج من الانثى من قبل انهما اذا تزوجا جميعاً فالصداق والتفقة ونفقة الاولاد على الذكر ، والانثى لها ذلك فكان أولى بالتفضيل لزيادة حاجته وقد قسم الله الميراث بفضل الذكر مقروناً بهذا المعنى فيعمل به ويتمدى ذلك إلى العطية في الحياة وحديث بشير قضية عين وحكاية حال لا عموم لها إنما يثبت حكمها في مثلها ولا نعلم حال اولاد بشير هل كان فيهم انثى أولاً؟ ولعل النبي صلى الله عليه وسلم قد علم أنه ليس له الا ولد ذكر ثم تحمل التسوية على القسمة على كتاب الله تعالى ويحتمل أنه أراد التسوية في اصل العطاء لا في صفته فان التسوية لا تقتضي انتسوية من كل وجه وكذلك الحديث الآخر ودليل ذلك قول عطاء : ما كانوا يقسمون الا على كتاب الله تعالى وهذا خبر عن جميعهم على ان الصحيح في خبر ابن عباس أنه مرسل

(مسئلة) (فان خص بعضهم او فضله فعليه التسوية بالرجوع أو إعطاء الآخر حتى يستورا)

قد ذكرنا ان المشروع أن يسوي بين اولاده في العطية على قدر ميراثهم فان خص بعضهم بعطيته أو فاضل بينهم اثم اذا لم يخص بمعنى يبيح التفضيل ووجب عليه التسوية اما برده ما فضل به البعض أو اعطاه الآخر حتى يتم نصيبه قال طائوس لا يجوز ذلك ولا رغيف محترق ، وبه قال ابن المبارك وروى عنه عن مجاهد وعروة وكان الحسن يكرهه ويخبره في القضاء وقال مالك والليث والثوري والشافعي وأصحاب الرأي يجوز ذلك وروى معنى ذلك عن شريح وجابر بن زيد والحسن بن صالح لان أبابكر

والعنبري لقول النبي ﷺ «العائد في هبته كالعائد في قبته» متفق عليه، وعن حماد بن الخطاب رضي الله عنه قال من وهب هبة يرى أنه أراد بها صلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها ومن وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها رواء مالك في الموطأ ولأنها هبة يحصل بها الاجر من الله تعالى فلم يحز الرجوع فيها كصدقة التطوع

ولنا قول النبي ﷺ لبشير بن سعد «فأردده» وروى «فأرجعه» رواه كذلك مالك عن الزهري عن حميد بن عبد الرحمن عن النعمان فأمره بالرجوع في هبته، وأقل أحوال الأمر الجواز، وقد امتثل بشير بن سعد في ذلك فرجع في هبته لولده لأنراه قال في الحديث فرجع أبي فرددت الصدقة وحمل الحديث على أنه لم يكن أعطاه شيئاً يخالف ظاهر الحديث لقوله تصدق علي أبي بصدقة، وقول بشير إني نحت ابني غلاماً يدل على أنه كان قد أعطاه، وقول النبي ﷺ «فأردده» وقوله «فأرجعه» وروى

رضي الله عنه نحل عائشة ابنته جداد عشرين وسقاً دون سائر ولده واحتج الشافعي بقول النبي ﷺ في حديث النعمان بن بشير «أشهد علي هذا غيري» فأمره بتأكيدها دون الرجوع فيها ولأنها عطية تلزم بموت الأب فكانت جائزة كما لو سوي بينهم

ولنا ما روى النعمان بن بشير قال تصدق علي أبي بفض ماله فبالت أسي عمرة بث رواحة لأرضي حتى تشهد عليهما رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاءني إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليشهد علي صدقتي فقال «أكل ولذلك أعطيت مثله» قال لا قال «فاثقوا الله واعدلوا بين أولادكم» قال فرجع أبي فردد تلك الصدقة وفي لفظ قال «فأردده» وفي لفظ «فأرجعه» وفي لفظ «لا تشهدني علي جور» وفي لفظ «فلا تشهدني إذا» وفي لفظ «فاشهد علي هذا غيري» وفي لفظ «سو بينهم» متفق عليه وفيه دليل على التحريم لانه إسماء جوراً وأمره برده وامتنع من الشراة عليه والجور حرام والأمر يقتضي الوجوب ولان تفضيل بعضهم يورث بينهم العداوة والبغضاء وقطيعة الرحم فتح منه كتر ويح المرأة على عمتها وخالتها وقول أبي بكر لا يمارض قول النبي صلى الله عليه وسلم ولا يحتج به معه ويحتمل أن أبا بكر رضي الله عنه خصها لحاجتها وعجزها عن الكسب والسبب مع اختصاصها بفضلها وكونها أم المؤمنين وغير ذلك من فضائلها ويحتمل أن يكون نحلها ونحل غيرها من ولده أو نحلها وهو يريد أن يدخل غيرها فأدركه الموت قبل ذلك ويتمين حمل حديثه على أحد هذه الوجوه لأن حمله على مثل محل النزاع منهي عنه وأقل أحواله الكراهة والظاهر من حال أبي بكر رضي الله عنه اجتناب المسكروحات وقول النبي صلى الله عليه وسلم «فاشهد علي هذا غيري» ليس بأمر لأن أدنى أحوال الأمر الاستحباب والتدب ولا خلاف في كراهة هذا وكيف يجوز أن يأمره بتأكيده مع أمره برده وتسميته أيام جوراً وحمل الحديث على هذا حمل الحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم على التناقض ولو أمر النبي صلى الله عليه وسلم بأشهاد غيره لامتنع بشير أمره ولم يردده وإنما هو تهديد له فيفيد ما أفاده التهي عن اتعانه

طائوس عن ابن عمر وابن عباس يرفعان الحديث إلى النبي ﷺ أنه قال « ليس لاحد أن يعطي عطية فيرجع فيها إلا الوالد فيها يعطي ولده » رواه الترمذي وقال حديث حسن وهذا يخص عموم ملرواه ويخسرهم وقياسهم منقوض بهبة الاجنبي فان فيها أجراً وثواباً فان النبي ﷺ نذب اليها وعندم الرجوع فيها والصدقة على الولد كمثلها ، وقد دل حديث النعمان بن بشير على الرجوع في الصدقة لقوة تصدق على أبي بصدقة

(فصل) وظاهر الحرق في أن الام كلاب في الرجوع في الهبة لان قوله واذا فاضل بين أولاده يتناول كل والد ثم قال في سياقه: أمر برده فيدخل فيه الام وهذا مذهب الشافعي لانها داخلة في قوله إلا الوالد فيها يعطي ولده ولانها لما دخلت في قول النبي «سورابن أولادكم» ينبغي أن يتمكن من التسمية والرجوع في الهبة طريق في التسمية وربما تعين طريقاً فيها اذا لم يمكن اعطاء الآخر مثل عطية الاول

(فصل) فأما ان خص بعضهم لمعنى يقتضيه تخصيصه من حاجة أو زمانة أو عي أو كثرة عائلة أو لاشتغاله بالعلم أو صرف عطيته عن بعض ولده لفسقه أو بدعته ولكونه يعصي الله تعالى بما يأخذه فقد روي عن أحمد ما يدل على جواز ذلك فانه قال في تخصيص بعضهم بالوقف لا بأس اذا كان لحاجة واكرهه اذا كان على سبيل الاثرة والعطية في معناه ويحتمل ظاهر لفظه المنع من التفضيل على كل حال لكون النبي ﷺ لم يستفصل بشيراً في عطيته قل شيخنا والاول أولى ان شاء الله لحديث أبي بكر ولان بعضهم اختص بمعنى يقتضي العطية فجاز أن يختص بها كما لو اختص بالقرابة وحديث بشير قضية في عين لا عموم لما ترك النبي ﷺ الاستفصال يجوز أن يكون لعله بالحال فان قيل لو علم الحال لما قال « ألك ولد غيره » قلنا يجوز أن يكون السؤال ههنا لبيان العلة كما قال عليه الصلاة والسلام الذي سأله عن يوم الرطب بالتمر « أينقص الرطب اذا يبس قال نعم » قال « فلا اذا » وقد علم أن الرطب ينقص لكن به السائل بهذا على علة المنع والله أعلم

(فصل) والام في المنع من المفاضلة بين أولادها كلاب لقول النبي ﷺ « اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم » ولانها أحد الوالدين أشبهت الاب ولان ما يحصل بتخصيص الاب ببعض ولده من الحسد والتباغض يوجد مثله في تخصيص الام فيثبت لها مثل حكمه في ذلك

(مسئلة) (وان مات قبل ذلك ثبت للعطى وعنه لا يثبت وللباتين الرجوع اختاره أبو عبد الله بن بطه) اذا فاضل بين واده في المعطايا أو خص بعضهم بعطية ثم مات قبل أن يسترده ثبت ذلك للموهوب له ولزم وليس لبقية الورثة الرجوع هذا المنصوص عن أحمد في رواية محمد بن الحكم والميموني واختاره الحلال وصاحبه أبو بكر وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي وأكثر أهل العلم وهو الذي ذكره الحرق ، وفيه رواية أخرى أن لباقي الورثة أن يرجعوا ما ربه اختاره أبو عبد الله بن بطه وأبو حفص العكبريان وهو قول عروة بن الزبير واسحاق قال أحمد : عروة قد روى الاحاديث الثلاثة حديث

ولأنها لما دخلت في المعنى في حديث بشير بن سعيد فينبغي أن تدخل في جميع مدلوله قوله «فأردده» وقوله «فأرجعه» ولأنها لما سوت الأب في تحريم تفضيل بعض ولدها فينبغي أن تساويه في التمكن من الرجوع فيما فضله به تخليصا لها من الأثم وإزالة للتعديل المحرم كالأب والمنصوص عن أحمد أنه ليس لها الرجوع قال الأثرم قلت لأبي عبد الله الرجوع للمرأة فبأعطته ولدها كالرجل قال ليس هي عندي في هذا كالرجل لأن للأب أن يأخذ من مال ولده والام لا تأخذ ، وذكر حديث عائشة أطيب ما كل الرجل من كسبه وإن ولده من كسبه ، أي كأنه الرجل قال أصحابنا والحديث حجة لنا فإنه خص الوالد وهو باطلاقه إنما يتناول الأب دون الأم والفرق بينهما أن للأب ولاية على ولده وبحوز جميع المال في الميراث والأم بخلافه ، وقال مالك للام الرجوع في هبة ولدها ما كان أبوه حيا فإن كان ميتا فلا رجوع لما لأنها هبة ابنهم وهبة إليهم لازمة كصدقة التطوع ومن مذهبه أنه لا يرجع في صدقة التطوع

عائشة وحديث عمر وحديث عثمان وتركها وذهب إلى حديث أنس بن مالك رضي الله عنه «يرد في حياة الرجل وبهذه موته» وهو قول إسحاق إلا أنه قال إذا مات الرجل فهو ميراث بينهم لا يسم أن يذم أحد بما أعطى دون أخوته وأخواته لأن النبي ﷺ سمى ذلك جوراً بقوله ابشبر «لأنشدهني على جور» والجور لا يحل للماعل فعله ولا للمعطي تناوله والموت لا يغيره عن كونه جوراً حرماً فيجب رده ولأن أبا بكر وعمر أصرا قيس بن سعد برد قسمة أبيه حين ولد له ولد لم يكن علم به ولا أعطاه شيئاً وكان ذلك بعد موت سعد فروى سعيد بإسناده من طريقين أن سعد بن عبادة قسم ماله بين أولاده وخرج إلى الشام فمات بها ثم ولد له بعد ذلك ولد فبشى أبو بكر وعمر رضي الله عنهما إلى قيس بن سعد فقالا إن سعد قسم ماله ولم يدر ما يكون وإننا نرى أن ترد هذه القسمة فقال لم أكن لأغير شيئاً بمنعه سعد ولكن نصيبني له وهذا معنى الخبر ، ووجه الرواية الأولى قول أبي بكر له أنشأ رضي الله عنهما لما نحلها نحلنا وددت أنك كنت حزتيه فبدل على أنها لو كانت حازته لم يكن لهم الرجوع وقال عمر لا فعل إلا نحلة بحوزها الولد دون الوالد ولأنها عطية لولده فلزمت بالموت كما لو انفرد ولأنه حتى الأب يملك بمال الولد فستط بموته كالأخذ من ماله

(فصل) وليس عليه التسوية بين سائر أولاده ولا إعطائهم على قدر ميراثهم سواء كانوا من جهة واحدة كاخوة وأخوات وفيهم أو من جهات كبنات وأخوات أو غيرهم وقال أبو الخطاب المشروع في عطية سائر الأقارب أن يعطيهم على قدر ميراثهم كالأولاد فإن خالف فعليه أن يرجع أو يعصم بالنحلة لأنهم في معنى الأولاد ثبت فيهم حكمهم

ولنا أنها عطية لغير الأولاد في صحته فلم نجب عليه التسوية كما لو كانوا غير وراثين ولأن الأصل إباحة الإنسان التصرف في ماله كيف شاء وإنما وجبت التسوية بين الأولاد للخبر وليس غيرهم في معصاتهم لأنهم استؤوا في بر والدم فاستؤوا في بطنه وبهذا علل النبي ﷺ حين قال لبشير «أسرك

(فصل) ولا فرق فيما ذكرنا بين الهبة والصدقة وهو قول الشافعي وفرق مالك وأصحاب الرأي بينهما فلم يجزوا الرجوع في الصدقة بحال واحتجوا بحديث عمر بن وهب هبة وأراد بها صلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع

ولنا حديث النعمان بن بشير فإنه قال تصدق عليّ أبي بصدقة وثاب فرجع أبي فرد تلك الصدقة وأبضا عموم قول النبي ﷺ «إلا الوالدان يطلي والده» وهذا يقدم على قول عمر ثم هو خالص في الوالد وحديث عمر عام فيجب تقديم الخاص

(فصل) والرجوع في هبة الولد شروط أربعة (أحدها) أن تكون باقية في ملك الابن فإن خرجت عن ملكه ببيع أو هبة أو وقف أو إرث أو غير ذلك لم يكن له الرجوع فيها لأنه إبطال الملك غير الوالد وإن عادت إليه بسبب جديد كبيع أو هبة أو وصية أو إرث ونحو ذلك لم يملك الرجوع فيها لأنها

أن يستروا في برك « قال نعم قال «فسو بينهم» ولم يوجد هذا في غيرهم ولأن للوالد الرجوع فيما أعطى ولده فيمكنه أن يسوي بينهم في الرجوع بما أعطاه لبعضهم ولا يكر ذلك في غيرهم لأن الأولاد لشدة محبة الوالد لهم وحسرة ما له إليهم عادة يتنافسون في ذلك يشتد عليهم تنضيل بعضهم ولا يساوهم في ذلك غيرهم فلا يصح قياسه عليهم ولأن النبي ﷺ قد علم أن إيشير زوجة ولم يأمره بإعطائها شيئا حين أمره بالتسوية بين أولاده ولم يسأله هل لك وارث غير ولدك؟

(فصل) فإن أعطى أحدا بنيه في صحته والآخر في مرضه فقد توقف أحد فيه فإنه مثل عن زوج ابنته فأعطى عنه الصداق ثم مرض الأب وله ابن آخر هل يعطيه في مرضه كما أعطى الآخر في صحته؟ نقال لو كان أعطاه في صحته فيجوز وجهين (أحدهما) لا يصح لأن عطيته في مرضه كوصية له ولو وصى له لم يصح فكذلك إذا أعطاه (والثاني) يصح وهو الصحيح إن شاء الله تعالى لأن التسوية بينهما واجبة ولا طريق لها في هذا الموضع إلا ببطية الآخر فتكون واجبة فصح كفضا. دينه (فصل) قال أحمد أحب إلي أن لا يقسم ماله ويدعه إلى فرائض الله تعالى لعله أن يولد له فإن أعطى ولده ماله ثم ولد له ولد فاعجب إلى أن يرجع فيسوي بينهم يعني يرجع في الجميع أو يرجع في بعض ما أعطى كل واحد منهم ليدفعه إلى هذا الولد الحادث إيساري أخوته فإن أعطى ولده ثم مات ثم ولد له ولدا مستحب له أعطى أن يسوي المولود الحادث بعد أبيه

(^(١) مسألة) (فان سوى بينهم في الوقف أو وقف ثلثه في مرضه على بعضهم جاز نص عليه وقياس المذهب أن لا يجوز)

إذا سوى بين أولاده في الوقف الذكر والأنثى جاز ذكره القاضي وقال هو المستحب لأن القصد التقربة إلى وجه الدوام وقد استوتوا في القرابة ونقل شيخنا المستحب أن يقسم الوقف على أولاده

(١) قال الشيخ رحمه الله هذه المسئلة مذكورة في الوقف فلا حاجة إلى إعادتها

عادت بملك جديد لم يستفده من قبل أبيه فلا يملك فسخه وإزالته كالقدي لم يكن موهوباً له، وإن عادت إليه بفسخ البيع لم يرب أو أقله أو فليس المشتري فنيه وجهان (أحدهما) بملك الرجوع لأن السبب الزيل ارتفع وعاد الملك بالسبب الاول فأشبهه ما لو فسخ البيع بخيار المجلس أو خيار الشرط (والثاني) لا بملك الرجوع لأن الملك عاد إليه بعد استقرار ملك من انتقل إليه عليه فأشبهه ما لو عاد إليه بهبة، فأما إن عاد إليه لفسخ بخيار الشرط أو خيار المجلس فله رجوع لأن الملك لم يستقر عليه

(فصل) (الثاني) أن تكون العين باقية في تصرف الولد بحيث يملك التصرف في رقبته فإن استرد الأمة لم يملك الأب الرجوع فيها لأن الملك فيها لا يجوز نقله إلى غير شديها، وإن رهن الدين أو أفلس وحجر عليه لم يملك الأب الرجوع فيها لأن في ذلك إبطالا لخلق غير الولد فإزال المانع من التصرف فله رجوع لأن ملك الابن لم يزل وإنما طرأ معنى قطع التصرف مع بقا الملك فنعم الرجوع فإذا زال

كفحة الميراث المذكور مثل حظ الاثنين كما قسم الله تعالى بينهم الميراث لأنه إبطال للمال اليهم فينبغي أن يكون بينهم على حسب الميراث كالوصية ولأن الذكر في مظنة الحاجة أكثر من الأنثى لأن الذكر تحب عليه نفقة زوجته وأولاده والمرأة ينق عليها زوجها ولا تلزمها نفقة ولها إذا كان لهم أب وقد فضل الله سبحانه الذكر على الأنثى في الميراث على وفق هذا المعنى فيصح تعليله به فينبغي أن يمدى إلى الرقب وما ذكره القاضي لا أصل له وهو ملغى بالميراث فإن خالف فسوى بين الذكر والأنثى أو فضلهما عليه أو فضل بعض البنين على بعض في الوقف أو بعض البنات أو خص بعضهم بالوقف فقد روي عن أحمد في رواية محمد بن الحكم: إن كان على طريق الأثرة فأكرمه وإن كان على أن بعضهم له عيال وبه حاجة فلا بأس بذلك لأن الزبير خص المردودة بناته دون المستغنية منهن بصدقة

(١) (فصل) وأما إذا وقف ثلثه في مرضه على بعض ورثته فقد اختلفت الرواية عن أحمد في ذلك فروي عنه عدم الحواز فإن قل وقف على إجازة الورثة فإنه قال في رواية إسحاق بن إبراهيم فيمن وصى لأولاد بنته بارض توقف عليهم فقال إن لم يرثوه فجائز فظاهر هذا أنه لا يجوز الوقف عليهم في المرض اختاره أبو حفص العكبري وابن عقيل وإليه ذهب الشافعي (والثانية) يجوز أن يقف عليهم ثلثه كالأجانب فإنه قال في رواية جماعة منهم الميموني يجوز للرجل أن يقف في مرضه على ورثته فليل له أليس تذهب إلى أنه لا وصية لو ارث؟ نقول نعم والوقف غير الوصية ولأنه لا يباع ولا يورث ولا يصير ملكاً للورثة بل ينتفعون بقاتلها وقال في رواية أحمد بن الحسن أنه صرح في مسئلته بوقف ثلثه على بعض ورثته دون بعض فقال جائز قال الخبري وأجاز هذا إلا كثرون واحتج أحمد بحديث عمر رضي الله عنه أنه قال: هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين أن يحدث به حدث

زال المنع والكتابة كذلك عند من لا يرى بيع المكاتب وهو مذهب الشافعي وجماعة هواه ، فأما من أجاز بيع المكاتب فحكمه حكم المأجر والمزوج
وأما التدبير فالصحيح أنه لا يمنع البيع فلا يمنع الرجوع ، وإن قلنا يمنع البيع منع الرجوع وكل تعرف لا يمنع الابن التصرف في الرقة كالوصية والهبة قبل انقبض فيما يفتقر اليه والوطى . والنزويج والاجارة والكتابة والتدبير ان قلنا لا يمنع البيع والمزارعة عليها وجعلها مضاربة أو في عقد شركة فكل ذلك لا يمنع الرجوع لانه لا يمنع تصرف الابن في رقبته وكذلك العتق المعلق على صفة ، واذا رجع وكان التصرف لازماً فلا جارة والتزويج والكتابة فهو باق بحله لان الابن لا يملك ابطاله فكذلك من اقتل اليه ، وإن كان جائزاً كالوصية والهبة قبل انقبض بطل لان الابن يملك ابطاله
وأما التدبير والعتق المعلق بصفة فلا يبقى حكمهما في حق الاب ، ومتى عاد الى الابن عاد حكمهما

ان ثمانية صدقة والعبد الذي فيه والدهم الذي بخير ورقية الذي فيه والمائة وحق الذي أطعمني محمد ﷺ نايه حفصة ما عاشت ثم يليه ذو انراي من أهله لا يباع ولا يشتري بنفقته حيث يرى من السائل والمحروم وذوي القربى ، ولا حرج على من واه إن أكل أو اشترى رقيقاً رواء أبو دارود بنحو من هذا فالهبة فيه انه جعل حفصة تلي وقته وتأكل منه وتشترى رقيقاً ، قال الميموني قلت لاجد انما أمر النبي ﷺ عمر باليقاف وليس في الحديث الوارث ، قال فاذا كان النبي ﷺ أمره وهو ذا قد وقفها على ورثته وحبس الاصل عليهم جميعاً ولان الوقف ليس في معنى المال لانه لا يجوز التصرف فيه فهو كعتق الوارث

ولنا انه تخصيص لبعض الورثة بماله في مرضه فتنع منه كالميتات ولان كل من لا تجوز له الوصية بالهين لا تجوز له بالمنفعة كالأجنبي فيما زاد على الثلث ، وأما خبر عمر فانه لم يخص بعض الورثة بوقته والنزاع انما هو في تخصيص بعضهم وأما جعل الولاية الى حفصة فليس ذلك وقفاً عليها فلا يكون ذلك وارداً في محل النزاع وتونه انتفاعاً بالغة لا ينتضي جواز التخصيص بدليل مالو وصى لوارثه بمنفعة عبد لم يجوز ، ويحتمل أن يحمل كلام أحد في رواية الجماعة على انه وقف على جميع الورثة ليكون على وفق حديث عمر وعلى وفق الدليل الذي ذكرناه والله أعلم

(فصل) فان وقف داره وهي تخرج من ثلثه بين ابنه وبنته نصيبين في مرض موته نصح على رواية الجماعة ولزم لانه لما كان يجوز تخصيص البنت بوقف الدار كلها فنصفها أولى وعلى الرواية التي نصرناها إن أجاز له الابن جاز وإن رده بطل الوقف فيما زاد على نصيب الابن وهو السدس ويرجع الى الابن ملكاً فيكون له النصف وقفاً والسدس ملكاً طاقاً والثلث جميعه للبنت وقفاً ، ويحتمل أن يبطل الوقف في نصف ما وقف على البنت وهو الربع ويبقى ثلاثة أرباع الدار وقفاً نصفها للابن وربعها للبنت والربع الذي بطل الوقف فيه بينهما أثلاثاً ، ونصح المسئلة من اثني عشر الابن سنة أوهم وقفاً وسهمان ملكاً

فأما البيع الذي للابن فيه خيار اما لشرط أو عيب في ائمن أو غير ذلك فيمنع الرجوع لان الرجوع يتضمن فسخ ملك الابن في عوض المبيع ولم يثبت له ذلك من جهته ، وان وهبه الابن لابنه لم يملك الرجوع فيه لان رجوعه ابطال الملك غير ابنه فان رجع الابن في هبته احتمل أن يملك الاب الرجوع في هبته حينئذ لانه فسخ هبته برجوعه فنادى اليه الملك بالسبب الاول ويحتمل أن لا يملك الاب الرجوع لانه رجع الي ابنه بعد استقرار ملك غيره عليه فأشبهه مالو وهبه ابن الابن لأبيه

(فصل الثالث) أن لا يتعلق بها رغبة لغير الوالد فان تعلق بها رغبة لغيره مثل أن يهب ولده شيئا فيرغب الناس في معاملته وأدانوه ديونا أو رغبوا في مناكلته فزوجه ان كان ذكراً أو تزوجت الانثى

ولابنت ثلاثة أسهم وقفا وسهم ملكا ، ولو وقفها على ابنه وزوجته نصفين وهي تخرج من ثلث فرد الابن صح الوقف على الابن في نصفها وعلى المرأة في ثمنها ، وللابن ابطال الوقف في ثلاثة أمانها وترجع اليه ملكا على الوجه الاول ، وعلى الوجه الثاني يصح الوقف على الابن في نصفها وهو أربعة أسباع نصيبه ويرجع اليه بقي نصيبه ملكا ، ويصح الوقف في أربعة أسباع الثمن الذي للمرأة وباقيه يكون لها ملكا فاغرب سبعة في ثمانية تكن ستة وخمسين للابن ثمانية وعشرون وقفا وإحدى وعشرون ملكا وللمرأة أربعة أسهم وقفا وثلاثة ملكا وهكذا ذكر أصحاب الشافعي ، فأما إن كانت الدار جميع ملكة فوقفها كلها فعلى ما اخترناه الحكم فيها كما لو كانت تخرج من الثلث فان الورث في جميع المال كالاجنبي في الزائد عن الثلث ، وأما على ما رواه الجماعة فان الوقف يلزم في الثلث من غير اختيار الورثة وما زاد فلهما ابطال الوقف فيه وللابن ابطال التسوية فان اختار ابطال التسوية دون ابطال الوقف خرج فيه وجهان (أحدهما) أنه يبطل الوقف في النسم ويرجع اليه ملكا فيصير له النصف وقفا والنسم ملكا ولابنت الثلث وقفا ونصف النسم ملكا لثلاث تزداد البيت على الابن في الوقف ، ونصح المسئلة في هذا الوجه من ثمانية عشر الابن تسعة وقفا وسهمان ملكا ولابنت ستة وقفا وسهم ملكا ، وقال أبو الخطاب له إبطال الوقف في الربع كله ويصير له النصف وقفا والسدس ملكا ويكون لابنت الربع وقفا ونصف السدس ملكا كما لو كانت الدار تخرج من الثلث ونصح من اثني عشر

(مسألة) (ولا يجوز لواهب أن يرجع في الهبة)

لا يختلف المذهب ان غير الاب والام لا يجوز له الرجوع في الهبة والمدية وبه قال الشافعي ، وقال النخعي والثوري وإسحق وأصحاب الرأي: من وهب ابنه ذي رحم فله الرجوع مالم يثب عليها ومن وهب لذي رحم فليس له الرجوع ، وروي ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما روى أبو هريرة قال قال رسول الله ﷺ « الرجل أهدى بهبته مالم يثب منها » رواه ابن ماجه لقول عمر رضي الله عنه : من وهب هبة يرى انه أراد بها صلة الرحم أو على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها ، ومن وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها مالم يرض منها رواء مالك في الموطأ ولانه لم يحصل عنها عوض فجاز له الرجوع فيها كالعارية

لذلك فمن أحمد روايتان (أولاهما) ليس له الرجوع . قال أحمد في رواية أبي الحارث في الرجل يهب لابنة مالا: فله الرجوع إلا أن يكون غربه قوماً فإن غربه فليس له أن يرجع فيها وهذا مذهب مالك لأنه تعالى به حق غير الابن في الرجوع بإبطال حقه وقد قال عليه السلام «لا ضرر ولا ضرار» وفي الرجوع ضرر ولأن في هذا تحيلاً على إلحاق الضرر بالمسلمين ولا يجوز التحيل على ذلك (والثانية) له الرجوع لعدم الخبر ولأن حق المتزوج والغريم لم يتعلق بهن هذا المال فلم يمنع الرجوع فيه .

(فصل) [الرابع] أن لا تزيد زيادة متصلة كالمسلم والكبير وتعلم صنعة فإن زادت فعن أحمد فيها روايتان (أحدهما) لا تمنع الرجوع وهو مذهب الشافعي لأنها زيادة في الموهوب فلم تمنع الرجوع كالزيادة قبل القبض والمنفصلة (والثانية) تمنع وهو مذهب أبي حنيفة لأن الزيادة للموهوب له لكونها بها ماله ولم تنتقل إليه من جهة أبيه فلم يملك الرجوع فيها كالمنفصلة وإذا امتنع الرجوع فيها امتنع

ولنا قول النبي ﷺ «العائد في هبته كالعائد في قبته» وفي لفظ «كالكلب يعود في قبته» وفي رواية «ليس لنا مثل سوء العائد في هبته كالكلب يعود في قبته» متفق عليه، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي الله ﷺ قال «لا يرجع واهب في هبته إلا الوالد من ولده» ولأنه واهب لا ولاية له في المال فلم يرجع في هبته لذي الرحم المحرم وأحاديثنا أصح من حديثهم وأولى، وقول عمر قد روي من ابنه وابن عباس خلافه، وأما العارية فهي هبة المنافع ولم يحصل القبض فيها فإن قبضها باستيفائها فنظير مستأنتنا ما استوفى من منافع العارية فإنه لا يرجع الرجوع فيها بقياسهم منقرض بهمة الاجنبي فإن فيها ثواباً وقد جوزوا فيها الرجوع فحصل الاتفاق على أن ما رهب الإنسان لذوي رحمه المحرم غير الوالدين لا يرجع فيها وكذلك ما رهب الزوج امرأته والخلاف فيما عدا هذا فنحن لا يرجع إلا الوالد وعندم لا يرجع إلا الاجنبي

(فصل) فأما الأب فله الرجوع فيما وهب لولده في ظاهر المذهب سواء قصد برجرعه التوبة بين أولاده أولاً وبه قال مالك والشافعي والاوزاعي وإسحق وأبو ثور، وعن أحمد رواية أخرى ليس له الرجوع وبها قال أصحاب الرأي والثوري والعمري لقول النبي ﷺ «العائد في هبته كالعائد في قبته» متفق عليه، ولما ذكرنا من حديث عمر

ولنا قول النبي ﷺ لعيسى بن سعد «فاردده» وروى «فارجعه» رواه كذلك عن مالك عن الزهري عن حميد بن عبد الرحمن عن النعمان فأمره بالرجوع في هبته وأصل أحوال الأمر الجواز، وقد أمثل بشير بن سعد ذلك فرجع في هبته لولده، ألا تراه قال في الحديث: فرجع أبي فرد تلك الصدقة؟ فإن قيل يحمل الحديث على أنه لم يكن أعطاه شيئاً قلنا هذا يخالف ظاهر الحديث لقوله تصدق أبي علي بصدقة، وقول بشير اني نخلت ابني غلاماً يدل على أنه كان قد أعطاه وقول النبي ﷺ «فاردده» وروى طاوس عن ابن عمر وابن عباس يرفعان الحديث إلى النبي ﷺ أنه قال

الرجوع في الاصل لئلا يقضي إلى سوء المشاركة وضرر الشقيص ولأنه استرجاع لما لم يفسخ عقد لغير عيب في عوضه فمنعه الزيادة المتصلة كاسترجاع الصداق بفسخ النكاح أو نصفه بالطلاق أو رجوع البائع في المبيع لفلس المشتري ويفارق الرد بالعيب من جهة أن الرد من المشتري وقد رضي بذلك الزيادة وإن فرض الكلام فيها إذا باع عرضاً بعرض فزاد أحدهما ووجد المشتري الآخر عيباً قلنا بائع المبيع سلط بمشتريه على الفسخ ببيع المبيع فكان الفسخ وجد منه ولهذا قلنا فيها إذا فسخ الزوج النكاح لعيب المرأة قبل الدخول لا صداق لها كما لو فسخته ، وعلى هذا لا فرق بين الزيادة في العين كالسمن والطول ونحوهما أو في المعاني كتعلم الصناعة أو الكتابة أو القرآن أو علم أو اسلام أو فضله دين عنه وبهذا قال محمد بن الحسن . وقال أبو حنيفة الزيادة بعلوم القرآن وقضاء الدين عنه لأنهم الرجوع ولنا أنها زيادة لها مقابل من الثمن فمنعت الرجوع كالسمن وتعلم الصناعة وإن زاد يبرئه من مرض

« ليس لأحد أن يعطي عطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده » رواه الترمذي وقال حديث حسن وهذا يخص عموم ما رويهم من فرض هبة الأجنبي فإن فيها أجراً وثواباً فإن النبي ﷺ نذب إليها وعندما له الرجوع فيها والصدقة على الولد كسئلتنا ، وقد دل حديث العمان بن بشير على جواز الرجوع في الصدقة قوله تصدق علي أبي بصرة

(فصل) فأما الام فظاهر كلام أحمد أنه ليس لها الرجوع ، قل الأثرم : قلت لأبي عبد الله الرجوع للمرأة فيما أعطت ولدها كالرجل ؟ قال ليس هي عندي كالرجل لأن للأب أن يأخذ من مال ولده والام لا تأخذ وذكر حديث عائشة « أطيب ما أكل الرجل من كسبه وإن ولده من كسبه » أي كأنه الرجل ، ولا يصح قياس لام على الأب لأن للأب ولاية على ولده ويجوز لجميع المال في الميراث بخلاف الام ، ويحتمل أن لها الرجوع وهو ظاهر كلام الحزقي فإنه قال : وإذا فاضل بين أولاده أسر برده فدخل فيه الام وهذا مذهب الشافعي لأنها داخلة في قوله إلا الوالد فيما يعطي ولده ولأنها دخلت في قول النبي ﷺ « سوا بين أولادكم » فينبغي أن يتمكن من الرجوع في الهبة ولأنه طريق إلى التوبة وربما لا يكون لها طريق غيره إذا لم يمكن أعطت الآخر كما أعطت لأولادها لأنها منارات الأب في تحريم تفضيل بعض ولدها ينبغي أن تسار به في التمكن من الرجوع فيما فضلته به تخليصاً لها من الأثم وإزالة التفضيل المحرم كالأب وهذا الصحيح إن شاء الله تعالى ، وقال مالك للام الرجوع فيما وهبت ولدها ما كان أبوه حياً فإن كان ميتاً فلا رجوع لها لأنها هبة لغيره وهبة التيمم لازمة كصدقة التطوع ، ومن مدعبه أنه لا يرجع في صدقة التطوع

(فصل) وحكم الصدقة حكم الهبة فيما ذكرناه وهو مذهب الشافعي ، ونرى مالك وأصحاب الرأي بينهما فلم يجزوا الرجوع في الصدقة بحول واختجرا بحديث عمر : من وهب هبة أراد بها صلة الرحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع

أو صدم منع الرجوع كسائر الزيادات وإن كانت زيادة العين أو التعلم لا يزيد في قيمته شيئاً أو ينقص منها لم يمنع الرجوع لأن ذلك ليس بزيادة في المأني وأما الزيادة المنفصلة كولد البهيمة وثمرة الشجرة وكسب العبد فلا تمنع الرجوع بغير اختلاف نعم له والزيادة لولد لأنها حادثة في ملكه ولا تتبع في الفسوخ فلا تتبع هنا . وذكر القاضي وجهاً آخر أنها للاب وهو بعيد فإن كانت الزيادة ولد أمة لا يجوز التفريق بينه وبين أمه منع الرجوع لأنه يلزم منه التفريق بينه وبين أمه وذلك محرم إلا أن قول ابن الزيادة المنفصلة للاب فلا يمنع الرجوع لأنه يرجع فيها جميعاً أو يرجع في الأم ويتملك الولد من مال والده

(فصل) وإن قصر العين أو فصلها فلم تزد قيمتها لم تمنع الرجوع لأن العين لم تزد ولا القيمة وإن زادت قيمتها فهي زيادة منفصلة هل تمنع الرجوع أو لا ؟ ينى على الروايتين في السمة وبمحتمل أن

ولنا حديث النعمان فانه قال : تصدق أبي علي بصدقة فرجع أبي فرد تلك الصدقة ، وأيضا قول النبي ﷺ « إلا الوالد فيما يعطي ولده » وهذا يقدم على قول عمر ثم هو خاص في الولد ، وحديث عمر فيجب تقديم الخاص عليه

(فصل) والرجوع في هبة الولد شروط أربعة (أحدها) أن يبقى ملك الابن فيها فإن خرجت عن ملكه بيع أو هبة أو وقف أو غير ذلك لم يكن له الرجوع فيها لأنه ابطال ملك غير الولد فاشبهه غير الموهوب للولد (الثاني) أن تكون العين باقية في تصرف الولد بملك التصرف في رقبته فإن استولد الأمة لم يملك الرجوع لأن الملك فيها لا يجوز نقله إلى غير سيدها وكذلك إن أفلس وحجر عليه أو رهن العين لأنه ينفذ إلى ابطال حق غير الولد فإن زال المانع من التصرف فله الرجوع لأن ملك الابن لم يزل وإنما طرأ معنى قطع التصرف مع بقاء الملك فتم الرجوع فإذا زال المنع والصحيح في التدبير أنه لا يمنع الرجوع فإن قلنا يمنع البيع منع الرجوع كالاستيلاء وكل تصرف لا يمنع الابن التصرف في الرقبة كالوصية والهبة قبل القبض فيما يفتقر إليه والوطي والتزويج والاجارة والمزارعة عليها وجعلها مضاربة أو في عتد شركة مكل ذلك لا يمنع الرجوع لأنه لا يمنع تصرف الابن في رقبته وكذلك تعليق العتق بصفة وإذا رجع وكان التصرف لازماً كالاجارة والتزويج والكتابة فهو باق بحاله لأن الابن لا يملك ابطاله وأما التدبير والملق عتقه بصفة فلا يبقى حكمها في حق الابن ومتى عاد إلى الابن عاد حكمها والبيع الذي للابن فيه خيار أما بالشرط أو عيب في الثمن أو غير ذلك فيمنع الرجوع لأن الرجوع يتضمن فسخ ملك الابن في عرض المبيع ولم يثبت ذلك من جهته

(فصل) فإن تعاقب بها رغبة لغير الولد مثل أن يهب ولده شيئاً فيرغب الناس في معاملته ويدأبونه أو في مناكحته فيزوجوه أو يهب بنته فتزوج لذلك فعن أحمد روايتان (أولاهما) ليس له الرجوع قال أحمد في رواية أبي الحارث في الرجل يهب ابنه مالا فله الرجوع إلا أن يكون غربه قوماً فإن غربه

تتمنع هذه الزيادة الرجوع بكل حال لأنها حاصلة بفعل الابن فجرت مجرى العين الحاصلة بفعله بخلاف السمن فإنه يحتمل أن يكون للاب فلا يمنع الرجوع لأنه نماء العين فيكون تابعاً لها ، وإن وهبه حاملاً فولدت في يد الابن فهي زيادة متصلة في الولد ويحتمل أن يكون الولد زيادة منفصلة إذا قلنا الحل لاحكم له ، وإن وهبه حاملاً ثم رجع فيها حائلاً جاز إذا لم تزد قيمتها ، وإن زادت قيمتها فهي زيادة منفصلة ، وإن وهبته حائلاً فحملت فهي زيادة منفصلة وله الرجوع فيها دون حملها ، وإن قلنا إن الحل لاحكم له فزادت به قيمتها فهي زيادة متصلة وإن لم تزد قيمتها جاز الرجوع فيها ، وإن وهبه فخلع حملت فهي قبل التأخير زيادة متصلة وبعده زيادة منفصلة

(فصل) وإن تلف بعض العين أو نقصت قيمتها لم يمنع الرجوع فيها ولا ضمان على الابن فيها تلف منها لأنها تلف على ملكه وسواء تلف بفعل الابن أو بغير فعله ، وإن جنى العبد جنابة تعلق

فليس له الرجوع ، وهذا مذهب مالك لأنه تعلق بها حق غير الابن ففي الرجوع إبطال حقه وقد قال عليه الصلاة والسلام «لا ضرر ولا ضرار» وفي الرجوع ضرر ولأن في هذا تحيلاً على الحاق الضرر بالمسلمين ولا يجوز ذلك (والثانية) له الرجوع لعدم الخبر ولأن حق المتزوج والغريم لم يتعلق بعين هذا المال فلم يمنع الرجوع فيه وإن دأبه الناس فافلس ولم يحجر عليه فعلى الروايتين

(مسئلة) (وإن نقصت العين أو زادت زيادة مفصلة لم يمنع الرجوع والزيادة للابن ويحتمل أنها للاب وهل تمنع المتصلة الرجوع ؟ على روايتين)

أما الزيادة المنفصلة كالولد وثمرة الشجرة وكسب العبد فلا تمنع الرجوع بغير خلاف فعله والزيادة للولد لأنها حادثة في ملكه ولا تنجم في الفسوخ فلا تنجم ههنا ، ويحتمل أنها للاب ذكره القاضي كالرد بالعيب ، فإن كانت لزيادة ولد أمة لا يجوز التفريق بينه وبين أمه منع الرجوع لأنه يلزم منه التفريق بينه وبين أمه وهو محرم إلا أن نقول إن الزيادة المنفصلة للاب فلا تمنع الرجوع لأنه يرجع فيها جميعاً أو يرجع في الأم ويتعلق الولد من مال ولده

(فصل) فإن تلف بعض العين أو نقصت قيمتها لم يمنع الرجوع فيها ولا ضمان على الابن فيما تلف منها لأنه تلف على ملكه سواء تلف بفعل الابن أو بغير فعله وإن جنى العبد جنابة تعلق أرشها برقبته فهو كمنهصاته بذهاب بعض أجزائه والاب الرجوع فيه فإن رجع فيه ضمن أرش الجنابة وإن جنى على العبد فرجع الاب فيه فأرش الجنابة عليه للابن لأنه بمنزلة الزيادة المنفصلة فإن قيل فلو أراد الاب الرجوع في الرهن وعليه فكذلك لم يملك ذلك فكيف يملك الرجوع في العبد الجاني إذا أدى أرش الجنابة ؟ قلنا الرهن بمنع التصرف في العين بخلاف الجنابة ولأن فك الرهن فسخ لعقد عقده الموهوب له وههنا لم يتعلق الحق به من جهة المقدر فافترقا

(فصل) فاما الزيادة المتصلة كالسمن والكبر وتعلم صنعة إذا زادت بها القيمة فعن أحمد فيها روايتان

أرشها برقبته فهو كنفصانه بذهاب بعض أجزائه وللأب الرجوع فيه فإن رجع فيه ضمن أرش الجنابة وإن جنى على العبد فرجع الأب فيرجع الأب فيه فأرش الجنابة عليه الابن لأنه بمنزلة الزيادة المنفصلة فإن قيل فلو أراد الأب الرجوع في الرهن وعليه فكأنه لم يملك ذلك فكيف ملك الرجوع في العبد الجاني إذا أدى أرش جنابته ؟ قلنا الرهن يمنع التصرف في العين بخلاف الجنابة ولأن فك الرهن فسخ لعقد عقده الموهوب له ووهنا لم يتعلق الحق به من جهة العقد فافترقا

(فصل) والرجوع في الهبة أن يقول قد رجعت فيها أو ارتفعتها أو ارتدتها أو نحو ذلك من الالفاظ الدالة على الرجوع ولا يحتاج إلى حكم حاكم وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يصح الرجوع إلا بقضاء قاض لأن ملك الموهوب له مستقر ولنا أنه خيار في فسخ عقد فلم يقتصر إلى قضاء كالفسخ بخيار الشرط فاما أن أخذ ما رهبه لولده

(أحدهما) لا تمنع الرجوع وهو مذهب الشافعي لأنها زيادة في الموهوب فلم تمنع الرجوع كالزيادة قبل القبض والمنفصلة (والثانية) تمنع وهو مذهب أبي حنيفة لأن الزيادة الموهوب له لكونها ناء ملكه ولم تنقل اليه من جهة أبيه فلم يملك الرجوع فيها كالمنفصلة وإذا امتنع الرجوع فيها امتنع الرجوع في الأصل لئلا يفضي إلى سوء المشاركة وضرر التشفيع ولأنه فسخ استرجاع المال بفسخ عند الغير عيب في عوضه فمنعه الزيادة المتصلة كاسترجاع الصداق بفسخ النكاح أو نفيه بالطلاق ورجوع البائث في المبيع لفاس المشتري وفارق الرد بالعيب من جهة أن الرد من المشتري وقد رضي ببذل الزيادة وإن فرض الكلام فيما إذا باع عرضا بمرض فراد أحدهما ورجد المشتري بالآخر عيبا قلنا بائث المبيع سلب المشتري على الفسخ ببيع المبيع فكان الفسخ وجد منه ولهذا قلنا فيما إذا فسخ الزوج النكاح لعيب المرأة قبل الدخول سقط صداقها كما لو فسخته وعلى هذا لافرق بين الزيادة في العين كالسمن والطول ونحوهما أو في المعاني كعلم صناعة أو كتابة أو قرآن أو علم أو قضاة دين عنه وبهذا قال محمد بن الحسن وقال أبو حنيفة الزيادة بتعلم القرآن وقضاء دين عنه لا تمنع الرجوع

ولنا أنها زيادة لها مقابل من الثمن فمنعت الرجوع كالسمن وتعلم صناعة وإن زاد يبرئه من مرض أو صمم منع الرجوع كسائر الزيادات وإن كانت زيادة العين أو الثمن لا تزيد في قيمته شيئا أو تنقص منها لم تمنع الرجوع لأنه ليس بزيادة في المألية

(فصل) فإن قصر العين أو فصلها فهي زيادة متصلة هل تمنع الرجوع أولا ؟ مبني على الروايتين في السمن قال شيخنا ويحتمل أن تمنع هذه الزيادة الرجوع بكل حال لأنها حاصلة بفعل الابن فجرت مجرى العين الحاصلة بفعله بخلاف السمن فإنه يحتمل أن يكون الأب فلا يمنع الرجوع لأنه ناء العين فيكون تابعا لها وإن وهبه حاملا فولدت في يد الابن فهي زيادة متصلة في الولد ويحتمل أن يكون الولد زيادة منفصلة إذا قلنا الحمل لأبكم له وإن وهبه حاملا ثم رجع فيها حاملا جاز إذا لم تزد قيمتها

فإن نوى به الرجوع كان رجوعا والقول قوله في نيته ، وإن لم يعلم هل نوى الرجوع أولا وكان ذلك بعد موت الأب فإن لم توجد قرينة تدل على الرجوع لم يحكم بكونه رجوعا لأن الأخذ بمقتضى الرجوع وغيره فلا نزاع حكما يقينا بامر مشكوك فيه ، وإن اقترنت به قرائن دالة على الرجوع ففيه وجهان (أحدهما) يكون رجوعا اختاره ابن عقيل لأننا اكتفينا في العقد بدلالة الحال في الفسخ أولى ولأن لفظ الرجوع إنما كان رجوعا لدلالته عليه فكذلك كلما دل عليه والآخر لا يكون رجوعا وهو مذهب الشافعي لأن الملك ثابت للموهوب له يقينا فلا يزول إلا بالصرح ، ويمكن أن يبنى هذا على نفس العقد فمن أوجب الإيجاب والقبول فيه لم يكتف ههنا إلا بلفظ يقتضي زواله ، ومن اكتفى في العقد بالمعاطاة الدالة على الرضا به فهنا أولى ، وإن نوى الرجوع من غير فعل ولا قول لم يحصل الرجوع

وإن زادت قيمتها فهي زيادة متصلة ، وإن وهب حائلا فحملت فهي زيادة منفصلة وله الرجوع فيها دون حملها وإن قلنا إن الحل لاحكم له فزادت به قيمتها فهي زيادة متصلة وإن لم تزد جاز الرجوع فيها وإن وهبه نخلا فحملت فهي قبل التأخير زيادة متصلة وبعده زيادة منفصلة

(مسئلة) (وإن باعه المتهب ثم رجع إليه بفسخ أو اقالة فهل له الرجوع ؟ على وجهين)

إذا خرجت العين من ملك الابن يبيع أو هبة ثم عادت إليه بسبب كبيع أو هبة أو وصية أو وارث أو نحوه لم يملك الأب الرجوع فيها لأنها عادت بملك جديد لم يستفده من قبل أبيه فلا يملك فسخه وإزالته كالذي لم يكن موهوبا وإن عادت إليه بفسخ العيب أو اقالة أو فاس المشتري ففيها وجهان (أحدهما) يملك الرجوع لأن السبب المزيل ارتفع وعاد الملك بالسبب الأول فاشبه ما لو فسخ البيع بالخيار (وإنشائي) لا يملك الرجوع لأن الملك عاد إليه بعد استقرار ملك من انتقل إليه عليه أشبه ما لو عاد إليه بالهبة فاما إن عاد إليه بخيار الشرط أو خيار المجلس فله الرجوع لأن الملك لم يستقر عليه .

(مسئلة) (وإن وهبه المتهب لابنه لم يملك أبوه الرجوع إلا أن يرجع هو)

لأن رجوعه إبطال لملك غير ابنه فإن رجع الابن في هبته احتمل أن يملك الأب الرجوع في هبته لأنه فسخ هبته برجوعه فعاد إليه الملك بالسبب الأول ويحتمل أن لا يملك الأب الرجوع لأنه رجع إلى ابنه بعد استقرار ملك غيره عليه فاشبه ما لو وهبه ابن الابن لابنه .

(مسئلة) (وإن كاتبه أو رهنه لم يملك أبوه الرجوع إلا أن ينفك الرهن وينفسخ)

أما إذا رهنه الابن فليس للأب الرجوع قبل انفكك الرهن لأن في ذلك إبطال حق غير الولد فإن انفك الرهن فله الرجوع لزوال المانع ولأنه عاد إلى صحة تصرف الابن فيه أشبه غير المرهون وحكم الكتابة كذلك عند من لا يرى بيع المكاتب وهو مذهب الشافعي وجهاء غيره فاما من أجاز بيع المكاتب فتحكم عنده كالعين المستأجرة والمزوج على ما ذكرناه

وجها واحداً لانه اثبات الملك على مال مملوك لغيره فلم يحصل بمجرد النية كسائر العقود ، وان علم الرجوع بشرط فقال اذا جاء رأس الشهر فقد رجعت في الهبة لم يصح لان الفسخ للعقد لا يقف على شرط كما لا يقف العقد عليه

﴿مسئلة﴾ (فان مات ولم يردده فقد ثبت لمن وهب له اذا كان ذلك في صحته)

يعني اذا فاضل بين ولده في العطايا أو خص بعضهم بهطية ثم مات قبل أن يسترده ثبت ذلك للموهوب له ولزم وليس لبقية الورثة الرجوع هذا المصروح عن أحمد في رواية محمد بن الحكم والميموني وهو اختيار الخلال وصاحبه أبي بكر وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي وأكثر أهل العلم وفيه رواية أخرى عن أحمد أن لسائر الورثة أن يرجعوا ما وهبه اختاره ابن بطة وأبو حفص العكبري وهو

(نصل) والرجوع في الهبة ان يقول قد رجعت فيها أو ارجعتها أو ردتها أو نحو ذلك من الالفاظ الدالة على الرجوع ولا يقتصر الى حكم حاكم ، وبه قال الشافعي وقال إبراهيمة لا يصح الرجوع الا بقضاء قاض لان ملك الموهوب له مستقر

ولنا انه خيار في فسخ عقد فلم يقتصر الى قضاء كالفسخ بخيار الشرط فان أخذ ما وهبه لولده ونوى به الرجوع كان رجوعا والقول قوله في نيته لان ذلك لا يعلم إلا منه ، فان مات الأب ولم يعلم هل نوى الرجوع أو لا ؟ ولم توجد قرينة تدل على الرجوع لم تحكم بأنه رجوع لان الأخذ يحتمل الرجوع وغيره ، فلا نزيل حكما يقينيا بأمر مشكوك فيه فان اقترنت به قرائن دالة على الرجوع كان رجوعا في أحد الوجهين اختاره ابن عقيل لاننا اكتفينا في العقد بدلالة الحال في الفسخ ولان لفظ الرجوع إنما كان رجوعا لدلالته عليه فكذلك كل ما دل عليه ، والآخر لا يكون رجوعا ، وهو مذهب الشافعي لان الملك ثابت للموهوب له يقينا فلا يزول إلا بالعريخ ، قال شيخنا ويمكن أن ينبني هذا على نفس العقد فمن أوجب الإيجاب والقبول فيه لم يكن هبة إلا بلفظ يقتضي زواله ، ومن اكتفى في العقد بالمعاطاة الدالة على الرضى به فهنا أولى ، فان نوى الرجوع من غير فعل ولا قول لم يحصل الرجوع وجها واحداً لانه إثبات الملك على مال مملوك لغيره فلم يحصل بمجرد النية كسائر العقود ، وإن علق الرجوع بشرط فقال اذا جاء رأس الشهر فقد رجعت في الهبة لم يصح لان الفسخ للعقد لا يقف على شرط لا يقف العقد عليه

﴿مسئلة﴾ (وعن أحمد في المرأة هب زوجها مهرها إن كان سالما ذلك رده اليها رضى أو كرهت لانها لا تنهبه إلا بخافة فضبه أو اضرار بها بأن يتزوج عليها)

اختلفت الرواية عن أحمد في هبة المرأة زوجها ، فمنه لا رجوع لها ، وهذا ظاهر كلام الحرق واختيار أبي بكر ، وبه قال عمر بن عبد العزيز والنخعي وربيعة ومالك والثوري والشافعي وأبي ثور

قول عروة بن الزبير وإسحاق ، وقال أحمد عروة قد روي الأحاديث الثلاثة حديث عائشة وحديث عمر وحديث عثمان وزكيا وذهب إلى حديث النبي ﷺ «يرد في حياة الرجل وبعد موته» وهذا قول إسحاق إلا أنه قال إذا مات الرجل فهو ميراث بينهم لا يسم أن ينتفع أحد بما أعطي دون إخوته وأخواته لأن النبي ﷺ سمي ذاك جوراً بقوله «لا تشهدني على جور» والجور حرام لا يحل للفعل فعله ولا للمعطي تناوله والموت لا يغيره عن كونه جوراً حراماً فيجب رده ، ولأن أبا بكر وعمر أمرا قيس بن سعد أن يرد قسمة أبيه حين ولد له ولد ولم يكن علم به ولا أعطاء شيئاً وكان ذلك بعد موت سعد ، فروى سعيد بإسناده من طريقين أن سعد بن عباد قسم ماله بين أولاده وخرج إلى الشام فمات بهائم ولد بعد ذلك ولد فمضى أبو بكر وعمر رضي الله عنهما إلى قيس بن سعد فقالا إن سعد قسم ماله ولم يدر ما يكون ، وأما نرى أن ترد هذه القسمة فقال قيس لم أكن لأغير شيئاً صنعه سعدا ولكن نصيبني له وهذا معنى

وأصحاب الرأي وعطاء وقتاده نقول الله تعالى (إلا أن يعفون) وقال تعالى (فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً) الآية ، وعموم الأحاديث وعنه رواية ثانية لها الرجوع . قال الأثرم سمعت أحمد يسئل عن المرأة تهب ثم ترجع فرأيتها يجعل النساء غير الرجال ثم ذكر الحديث «أما يرجع في المواهب للنساء وشرار الناس» وذكر حديث عمر: إن النساء يعطين أزواجهن رغبة ورهبة فأما امرأة أعطت زوجها شيئاً ثم أرادت أن تعتصره فهي أحق ، رواه الأثرم ، وهذا قول شريح والشعبي وحكام الزهري عن القضاة .

وعنه رواية ثالثة نقلها عنه أبو طالب : إذا وهبت له مهرها فإن كان سألها ذلك رده إليها رضى أو كرهت لأنها لا تهب إلا بخاتنة غضبه أو اضرار بأن يتزوج عليها ، وإن لم يكن سألها وترغب به فهو جائز فظاهر هذه الرواية أنه متى كانت مع الهبة قرينة من مسألته لها أو غضب عليها أو ما يدل على خوفها منه فلها الرجوع لأن شاهد الحال يدل على أنها لم تطب به نفسها وإنما أباحه الله تعالى عند طيب نفسها بقوله تعالى (فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً فيكون فيها ثلاث روايات (إحداها) ليس لها الرجوع كالأجنبي (والثانية) لها الرجوع مطلقاً لحديث عمر (والثالثة) التفصيل الذي ذكرناه .

(فصل) (قال رضي الله عنه) وللاب أن يأخذ من مال ولده ماشاء ويتملكه مع حاجته وعدمها في صغره وكبره مالم تتعلق حاجة الابن به

إنما يجوز ذلك بشرطين (أحدهما) أن لا يحجب بالابن ولا يضر به ولا يأخذ شيئاً نفاقت به حاجته (الثاني) أن لا يأخذ من مال ولد فيعطيه الآخر نص عليه أحمد في رواية إسماعيل بن سعيد لانه ممنوع من تخصيص بعض ولده بالعطية من مال نفسه فلأن بمنع من تخصيصه بما أخذه من مال ولده الآخر أولى وقد روي أن مسروقاً زوج ابنته بصداق ، عشرة آلاف فأخذها فأنفقها في

الخبر، ووجه القول الاول قول أبي بكر رضي الله عنه لعائشة لما نحلها نحلا وددت لو أنك كنت حزتيه فدل على أنها لو كانت حازته لم يكن له الرجوع وكذلك قول عمر لا نحلها لا نحلها يحوزها الولد دون الوالد ولأنها عطية لولده فلزمت بالموت كما لو انفرد، وقوله اذا كان ذلك في صحته يدل على أن عطية في مرض موته لبعض ورثته لا تنفذ لان العطايا في مرض الموت بمنزلة الوصية في أنها تعتبر من الثلث اذا كانت لأجنبي اجماعا فكذلك لا تنفذ في حق الوارث . قال ابن المنذر أجمع كل من أحظ عنه من أهل العلم ان حكم المبات في المرض الذي يموت فيه الواهب حكم الرضايا هذا مذهب المديني والشافعي والكوفي ، فان أعطى أحد بنيه في صحته ثم أعطى الآخر في مرضه فقد توقف أحمد فيه فانه سئل عن زوج ابنته فأعطى عنه الصداق ثم مرض الاب وله ابن آخر هل يعطيه في مرضه كما أعطى الآخر في صحته فقال لو كان أعطاه في صحته ، فيحتمل وجهين (أحدهما) لا يصح لان عطيته في مرضه كوصيته

فنبيل الله وقال لزوج جز امرأتك وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي ليس له أن يأخذ من مال ولده إلا بقدر حاجته لقول النبي ﷺ « إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا » متفق عليه وروى الحسن أن النبي ﷺ قال « كل أحد أحق بكسبه من ولده ووالده والناس أجمعين » رواه سعيد في سننه ، وروى أن النبي ﷺ قال « لا يهل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه » رواه الدارقطني ولأن لك لابن تام على مال نفسه فلم يجوز انتزاعه منه كالذي تعلقت به حاجته ولنا قول النبي ﷺ « إن أطيب ما أكلتم من كسبكم وإن أولادكم من كسبكم » أخرجه سعيد والترمذي وقيل حديث حسن ، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال إن أبي اجتاح مالي فقال « أنت ومالك لأبيك » رواه الطبراني في معجمه مطولا ، ورواه ابن ماجه وروى أبو داود نخره ورواه غيره وزاد « وإن أولادكم من أطيب كسبكم فاكلوا من أموالهم » وروى محمد بن المنكدر والمطلب بن حنطب قال جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال إن لي مالا وعيالا ولأبي مال وعيال وأبي يريد أن يأخذ مالي فقال النبي ﷺ « أنت ومالك لأبيك » رواه سعيد في سننه ولأن الله تعالى جعل الولد موهوبا لأبيه فقال (ووهبنا له إسحاق ويعقوب) وقال (ووهبنا له يحيى) وقال زكريا هب لي من لدنك وليا) وقال إبراهيم (الحمد لله الذي هب لي على السكبر إسماعيل وإسحاق) وما كان موهوبا له كان له أخذ ماله كعبده قال سفيان بن عيينه في قوله تعالى (ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم) ثم ذكر بيوت سائر القرابات إلا الأولاد لم يذكرهم لأنهم دخلوا في قوله من بيوتكم فلما كانت بيوت أولادهم كبيوتهم لم يذكر بيوت أولادهم ولأن الرجل يلي مال ولده من غير تولية فكان له التصرف فيه بكل نفسه ، وأما أحاديثهم فأحاديثنا تخصها وتفسرها فإن النبي ﷺ جعل مال الابن مالا لأبيه بقوله « أنت ومالك لأبيك » ولاتنافي بينهما وقوله عليه السلام « أحق به من والده وولده » الحديث مرسل ثم هو يدل على ترجيح حقه على حق

ولو وصى له لم يصح فكذلك إذا أعطاه (والثاني) يصح لأن التولية بينهم إرادة ولا طريق لها في هذا الموضوع إلا بعتبة الآخر فتكون واجبة فتصح كقبضه دينه
 (فصل) قال أحمد أحب أن لا يقسم ماله ويده على فرائض الله تعالى لعله أن يولد له فأن أعطى ولده ماله ثم ولد له ولد فأعجب إلي أن يرجع فيسوي بينهم يعني يرجع في الجميع أو يرجع في بعض ما أعطى كل واحد منهم ليدفعوه إلى هذا الولد الحادث ليساوي أخوته ، فإن كان هذا الولد الحادث بعد الميراث لم يكن له الرجوع على أخوته لأن العتية لزمّت بموت أبيه الأعلى الرواية الأخرى التي ذهب إليها أبو عبد الله بن بطة ، ولا خلاف في أنه يستحب لمن أعطى أن يساوي أخاه في عطيته ولذلك أمر أبو بكر وعمر رضي الله عنهما قيس بن سعد برد قسمة أبيه ليساوي المرلود الحادث بعد موت أبيه .

أبيه لا على نفي الحق بالكلية والولد أحق من الوالد فيما تعلقت به حاجته .

(مسألة) (فإن تصرف فيه قبل تملكه يبيع أو عتق أو إبراء من دين لم يصح تصرفه فيه)

نص عليه أحمد قال لا يجوز عتق الاب ل عبد ابنه مالم يقبضه ، فعلى هذا لا يصح إبراءه من دينه ولا هبته لاله ولا بيعه له لأن ملك الابن تام على مال نفسه يصح تصرفه فيه ، وذكر ابن أبي موسى في الارشاد قال إذا وهب الابن من ماله شيئاً فليس لأبيه الاعتراض عليه إلا أن يكون لولد عقار يكفيه ويكفي أباه ولا مال له غيره ولا مال ، لأبيه فإن أحمد قل ان اعتراض عليه الوالد رأيت أن يرده الحاكم على الاب ولا يبقى فقيراً لا حيلة له ، ويحل له وطء جواربه ولو كان الملك مشتركا لم يحل له الوطء كما لا يحل وطء الجارية المشتركة وإنما للاب انتزاعه منه كالعين التي وهبها إياه فقبل انتزاعها لا يصح تصرفه لانه تصرف في ملك غيره بغير ولاية ، وإن كان الابن صغيراً لم يصح أيضاً لأنه لا يملك التصرف بها لاحظ الصغير فيه وليس من المخطأ احتفاظ دينه وعتق عبده وهبة ماله قال أحمد بين الرجل وبين ولده ربا لما ذكرنا من أن ملك الابن على ماله تام

(مسألة) (وإن وطئ جارية ابنه فأحبها صارت أم ولد له وولده حر لا تلزمه قيمته ولا حد

عليه ولا مهر وفي التبرير وجهان)

قال أحمد لا يباع جارية الابن إلا أن يقبضها يعني يملكها لأنه إذا وطئها قبل تملكها قد وطئها وليست زوجة ولا ملك يمين فإن تملكها لم يحل له وطؤها حتى يستبرئها لأنه ابتداء ملك فوجب الاستبراء فيه كما لو اشتراها ، فإن كان الابن قد وطئها لم يحل له بحال فإن وطئها قبل تملكها ولم يكن الابن وطئها كان محرماً من وجهين (أحدهما) أنه وطئها قبل تملكها (والثاني) أنه وطئها قبل استبرائها وإن كان الابن وطئها حرمت بوجه ثالث وهو أنها صارت بمنزلة حليّة ابنه فإن فعل فلا حد عليه لشبهة الملك فإن النبي ﷺ أضاف مال الولد إلى أبيه فقال « أنت ومالك لأبيك »

(فصل) والأب أن يأخذ من مال ولده ماشاء ويتملكه مع حاجة الأب إلى ما يأخذه ومع عدمها صغيراً كان الولد أو كبيراً بشرطين (أحدهما) أن لا يجحف بالأب ولا يضر به ولا يأخذ شيئاً نهائت به حاجته (الثاني) أن لا يأخذ من مال ولده فيعطيه الآخر نص عليه أحمد في رواية إسماعيل بن سعيد وذلك لأنه ممنوع من تخصيص بعض ولده بالعطية من مال نفسه فلأن يمنع من تخصيصه بما أخذ من مال ولده الآخر أولى

وقد روي أن مسروقاً زوج ابنته بضدق عشرة آلاف فأخذها وأنهى في سبيل الله وقال للزوج جهز امرأتك، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي ليس له أن يأخذ من مال ولده إلا بقدر حاجته لان النبي ﷺ قال «ان دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا» متفق عليه وروى الحسن أن النبي ﷺ قال «كل أحد أحق بكسبه من والده وولده والناس أجمعين» رواه

وإن ولدت منه صارت أم ولد له وولده حر لأنه من وطء سقط فيه الحد للشبهة وليس للأب مطالبته بشيء من قيمتها ولا قيمة ولدها ولا مهر ويجب تعزيره في أحد الوجهين لأنه وطئ وطأ محرماً أشبه وطء الجارية المشتركة. والثاني لا يعزر لأنه لا يقتض من الجنابة على ولده فلا يعزر بالتصرف في ماله، والاول أولى لان التعزير ههنا حق لله تعالى بخلاف الجنابة على ولده لأنها حق للوالد (فصل) وليس لأب الاخذ من مال غيره بغير إذنه. الاحاديث التي ذكرناها لان الخبر ورد في الأب دليل قوله عليه السلام «أنت ومالك لانيك» ولا يصح قياس غيره عليه لان للأب ولاية على ولده وماله اذا كان صغيراً وله شفقة تامة وحق مأكده، ولا يسقط ميراثه بحال والام لا تأخذ لأنها لا ولاية لها والجد أيضاً لا يلي على مال ولد ابنه وشفقته قاصرة عن شفقة الأب ويحجب به في الميراث وفي ولاية النكاح، وغيرهما من الاقارب والاجانب ليس لهم الاخذ بطريق التنبيه لأنه اذا امتنع الاخذ في حق الام والجد مع مشاركتها للأب في بعض المعاني فغيرها ممن لا يشارك في ذلك أولى ويحتمل أن يجوز للام لدخول ولدها في قول الله تعالى (وأولادكم)

(مسئلة) (وليس للأب مطالبه أبيه بدين ولا قيمة متناف ولا ارش جنابة ولا غير ذلك) وبه قال الزبير بن بكار ومقتضى قول سفيان بن عيينة وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي له ذلك لأنه دين ثابت تجاوزت المطالبة به كغيره

ولنا أن رجلاً جاء الى النبي ﷺ بأبيه يقتضيه ديناً عليه فقال «أنت ومالك لانيك» رواه الحلال بأسناذه وروى الزبير بن بكار في الموقوفات أن رجلاً استقرض من أبيه مالا فحبسه فأطال حبسه فاستمدى عليه الابن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وذكر قصته في شعر فأجابه أبوه بشعر أيضاً فقال علي رضي الله عنه

سعيد في سننه وهذا نص . وروي أن النبي ﷺ قال « لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه »
رواه الدارقطني ولأن ملك الابن تام على مال نفعه فلم يجوز انتزاعه منه كالذي اتلفت به حاجته
ولنا ما روت عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله ﷺ « ان أطيب ما أكلتم من كسبكم
وان أولادكم من كسبكم » أخرجه سعيد والترمذي وقال حديث حسن . وروي عمرو بن شبيب عن
أبيه عن جده قال : جاء رجل الى النبي ﷺ فقال ان أبي اجتاع مالي ، فقال « أنت ومالك لايك »
رواه الطبراني في معجمه مطولا ورواه غيره وزاد « ان أولادكم من أطيب كسبكم فكاوامن أموالهم »
وروي محمد بن المنكدر والمطلب بن حنطب قال : جاء رجل الى رسول الله ﷺ فقال ان لي مالا
وعيالا ولا بي مال وعبال وأبي يريد أن يأخذ مالي فقال النبي ﷺ « أنت ومالك لايك » أخرجه
سعيد في سننه . ولأن الله تعالى جعل الولد موهوبا لأبيه فقال (ووهبنا له اسماقا ويعقوب) وقال

قد سمع القاضي ومن ربى الفهم المال للشيخ جزاء بالنعم
بأكله برغم أنف من رغم من قال قولا غير ذافقد ظم
وجار في الحكم وبئس ما جرم

قال الزبير الى هذا نذهب ولأن المال أحد نوعي الحقوق فلم يملك مطالبة أبيه به كحقوق الابدان
ويفارق الاب غيره بما يثبت له من الحق على ولده فان مات الابن فانتقل الدين الى ورثته لم يملكوا
مطالبة الاب لان موروثهم لم يكن له المطالبة فهم أولى ، فان مات الاب فقبل يرجع الابن في تركته
بدينه لان دينه عليه لم يسقط من الاب وانما تأخرت المطالبة وعن أحمد اذا مات الاب بطل دين
الابن وقال فيمن أخذ من مهر ابنته شيئا فأفققه ليس عليه شيء ولا يؤخذ من بعده وما أصابت من
المهر من شيء ببنته أخذته وتأول أصحابنا كلام أحمد على أنه أخذه على سبيل التملك لان أخذه له
واتفاقه دليل على قصد التملك فيثبت الملك له بذلك الاخذ والله أعلم

(مسئلة) (والهدية والصدقة نوعان من الهبة)

والعطية تشمل الكل وكذلك النحلة ومعانيها كلها متقاربة إلا أنه في الغالب من أعطى شيئا ينوي به
التقرب الى الله تعالى للمحتاجين سمي صدقة وان دفع الى غير محتاج للتقرب والهبة فهي هبة ، ومن
بعت على هذا الى إنسان مع غيره سمي هدية وكل ذلك مستحب مندوب اليه وأحكام ذلك
أحكام الهبة ويشترط لها ما يشترط من الشروط على ما سبق .

(فصل) في عطية المريض قال الشيخ رحمه الله (أما المريض غير مرض الموت أو مرضاً غير
خوف كالرمد ووجع الفرس والصداع ونحوه فعطايه الصحيح سواء تصح من جميع ماله)
وجملة ذلك أن عطايا المريض إذا برأ من مرضه أو كان مرضاً غير خوف كالذي ذكره وكذلك
ما في معناه كالجرب والحصى البسيرة ساعة أو نحوها والاسهال البسيرة من غير دم فعطايه مثل عطايا
الصحيح لانه لا يخاف منه في المادة.

(ووهبنا له يحيى) وقال زكريا (رب هب لي من لدنك وليا) وقال إبراهيم (الحمد لله الذي وهب لي على الكبر اسماعيل واسحاق) وما كان موهوبا له كان له أخذ ماله كعبد.
وقال سفيان بن عيينة في قوله (ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم) ثم ذكر بيوت سائر القربات إلا الأولاد لم يذكرهم لأنهم دخلوا في قوله (بيوتكم) فلما كانت بيوت أولادهم كبيوتهم لم يذكر بيوت أولادهم ولأن الرجل يلي مال ولده من غير تولية فكان له التصرف فيه كمال نفسه، وأما أحاديثهم فأحاديثنا نخصها وتفسرها فإن النبي ﷺ جعل مال الابن مالا لأبيه بقوله «أنت ومالك لآبيك» فلا تنافي بينهما، وقوله «أحق بأمن ولده وولده» مرسل ثم هو يدل على ترجيح حقه على حقه لأعلى في الحق بالكلية والولد أحق من الوالد بما تملك به حاجته

(مسئلة) (وإن كان مرض الموت الخوف كالبرسام وهو بخار يرتقي إلى الرأس ويؤثر في الدماغ فيخلل عقل صاحبه، وذات الجنب وهو قرح يباطن الجنب ووجع القلب والرئة فانها لا تسكن حركتها فلا يندمل جرحها والرعاف الدائم فإنه يصفى الدم فيذهب القوة والقولنج وهو أن يتعقد الطعام في بعض الاعضاء ولا يزل عنه فهذه مخوفة، وإن لم يكن معها حمى وهي مع الحمى أشد خوفا وإن ناز الدم واجتمع في عضو كان خوفا لأنه من الحرارة المفرطة، وإن حاجت به الصفراء فهي مخوفة لأنها تورث يبوسة وكذلك البلغم إذا حاج لأنه من شدة البرودة وقد تغلب على الحرارة الغريزية فتطفيها، والطاعون مخوف لأنه من شدة الحرارة إلا أنه يكون في جميع البدن، وأما الاسهال فإن كان متحررا لا يمكنه إمساكه فهو مخوف وإن كان ساعة لأن من لحقه ذلك أسرع في هلاكه، وإن كان يجري تارة وينقطع أخرى فإن كان يوما أو يومين فليس بمخوف لأن ذلك قد يكون من فضلة الطعام إلا أن يكون معه زحير أو تقطيع كأن يخرج متقطعا فإنه يكون مخوفا لأن ذلك يضعف وإن دام الاسهال فهو مخوف سواء كان معه ذلك أو لم يكن، وكذلك الفالج في ابتدائه والسيل في انتهائه والحمى المطبقة، وما أشكل من ذلك رجع فيه إلى قول عدلين من الأطباء، لأنهم أهل الخبرة بذلك ولا يقبل قول واحد لأنه يتعلق به حق الوارث والمعطي، وقياس قول الحرقي أنه يقبل قول واحد عدل إذا لم يقدر على طبيين. فهذا الضرب وما أشبهه عطاياه صحيحة لأن عمر رضي الله عنه أوصى حين جرح فسقاه الطبيب لبنا فخرج من جرحه فقال له الطبيب اعهد إلى الناس فعهد إليهم ووصى فاتفق الصحابة على قبول عهده ووصيته وكذلك أبو بكر رضي الله عنه عهد إلى عمر حين اشتد مرضه فنفذ عهده.

(فصل) (فإن كان المريض يتحقق تعجيل موته فإن كان عقله قد اختل مثل من ذبح أو أيسث حشوته فلا حكم لكلامه ولا لعطيته وإن كان ثابت العقل كمن خرقت حشوته واشتد مرضه ولم يتغير عقله صح تصرفه وعطيته لما ذكرنا من حديث عمر وكذلك علي رضي الله عنهما بعد ضرب ابن

(فصل) وليس لولد مطالبة أبيه بدين عليه وبه قال الزبير بن بكار وهو مقتضى قول سفيان ابن عيينة ، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي له ذلك لانه دين ثابت فجازت المطالبة كغيره ولنا أن رجلا جاء الى النبي ﷺ بأبيه يقتضيه ديننا عليه فقال « أبت ومالك لا يك » رواه أبو محمد الحلال باسناده . وروى الزبير بن بكار في كتاب الموققيات باسناده أن رجلا استقرض من ابنه مالا فحبسه فأطال حبسه فاستعدي عليه الابن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وذكر قصته في شعر فأجابه أبوه بشعر أيضا فقال علي رضي الله عنه

قد سمع القاضي ومن ربي الفهم المال للشيخ جزاء بالنعم
ياكله برغم أنف من رغم من قال قولاً غير ذا فقد ظلم
وجار في الحكم وبئس ماجرم

ملجم وصى وأمر ونهى ولم يختلف في صحة ذلك
(مسألة) (فعطاياه كالوصية في أنها لا تصح لو ارث ولا لاجنبي بزيادة على الثلث الا بإجازة الورثة كالهبة والتلق والكتابة والمجابهة)

وجملة ذلك أن التبرعات المنجزة كالعتق والمجابهة والهبة المقبوضة والصدقة والوقف والابراء من الدين والغفو عن الجناية الموجبة للمال والكتابة اذا كانت في الصحة فهي من رأس المال لا نعلم في هذا خلافاً، وان كانت في مرض مخوف اتصل به الموت فهي من ثلث المال في قول الجمهور وحكي عن أهل الظاهر في الهبة المقبوضة أنها من رأس المال

ولنا ما روى أبو هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلاث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم رواه ابن ماجه وهذا يدل بمفهومه على أنه ليس له أكثر من الثلث ، وروى عمران بن حصين أن رجلا أعتق ستة أمهيد له في مرضه لا مال له غيرهم فاستدعاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة رواه مسلم واذا لم ينفذ العتق مع سرايته فغيره أولى ولان هذه الحال الظاهر منها الموت فكانت عطيته فيها في حق ورثته لا يتجاوز الثلث كالوصية

(فصل) وحكم العطايا في مرض الموت حكم الوصية في خمسة أشياء (أحدها) أن يقف نفوذها على خروجها من الثلث وإجازة الورثة (الثاني) أنها لا تصح للوارث الا بإجازة الورثة (الثالث) أن فضيلتها نافعة عن فضيلة الصدقة في الصحة لان النبي ﷺ سئل عن أفضل الصدقة قال « أن تصدق وأنت صحيح صحيح تأمل الغنى وتخشى الفقر ولا تمهل حتى اذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا وقد كان لفلان » متفق عليه (الرابع) أن العطايا تنزاحم في الثلث اذا وقعت دفعة واحدة كتنزاحم الوصايا فيه (الخامس) أن خروجها من الثلث يعتبر حال الموت لا قبله ولا بعده

قال الزبير . الى هذا نذهب ولان المال أحد نوعي المقرق فلم يملك مطالبة أبيه بها كحقوق الابدان ويفارق الاب غيره بما ثبت له من الحق على ولده . وان مات الابن فانتقل الدين إلى ورثته لم يملكوا . مطالبة الاب به لان موروثهم لم يكن له المطالبة فهم أولى ، وان مات الاب رجع الابن في تركته بدينه لان دينه لم يسقط عن الاب وإنما تأخرت المطالبة . وقد روي عن أحمد انه قال إذا مات الاب بطل دين الابن . وقال فيمن أخذ من مهر ابنته شيئاً فأنتقه فليس عليه شيء ولا يؤخذ من بعده وما أصابت من المهر من شيء بعينه أخذته . وتأول بعض أصحابنا كلاًه على أن له ما أخذه على سبيل التملك وبمقتضى أن يكون أخذه له وإنفاقه إياه دليلاً على قصد التملك فيثبت الملك بذلك الأخذ والله أعلم

(فصل) وان تصرف الأب في مال الابن قبل تملكه لم يصح تصرفه نص عليه أحمد فقال لا يجوز عتق الاب بعد ابنه ما لم يقبضه ، فعلى هذا لا يصح إبرازه من دينه ولا هبته لعله ولا بيعه له وذلك

(مسألة) (فأما الامراض الممتدة كالجدام وحصى الریح والسل في ابتدائه والفالج في دوامه فن صار صاحبها صاحب فراش فهي مخوفة والا فلا)

قال القاضي اذا كان يذهب ويحيى فعطايه من جميع المال هذا تحقيق المذهب وقد روى حرب عن أحمد في وصية المجذوم والمفلوج من الثلث وهو محمول على أنه صار صاحب فراش وبه يقول الاوزاعي والثوري ومالك وأبو حنيفة وأصحابه وأبو نوري وذكر أبو بكر وجه آخر أن عطايا هؤلاء من المال كله وهو مذهب الشافعي لانه لا يخاف تعجيل الموت فيه وان كان لا يبرأ منه فهو كالهرم . ولنا أنه مريض صاحب فراش يخشى التلف أشبه صاحب الحمى الدائمة وأما الهرم فن صار صاحب فراش فهو كسثلتنا (مسألة) (ومن كان بين الصفيين عند التحام الحرب أو في لجأ البحر عندهيجهانه أو وقع الطاعون بيلده أو قدم ليقص منه والحامل عند الخاض فهو كالمرضى)

وجملة ذلك أن الخوف يحصل في هذه المواضع الخمسة المذكورة فيقوم مقام المرض (أحدها) اذا التحم الحرب واختلطت الطائفتان للقتال وكانت كل واحدة منهما مكافئة للآخرى أو مقهورة فأما القاهرة منها بعد ظهورها فليست خائفة وكذلك اذا لم يختلطوا بل كانت كل واحدة منهما متميزة سواء كان بينهما رمي السهام أو لم يكن فليست حالة خوف ، ولا فرق بين كون الطائفتين متفقتين في الدين أو لا وبه مالك والثوري والاوزاعي ونحوه عن مكحول وعص الشافعي قولان (احدهما) كقول الجماعة (والثاني) ليس بخوف لانه ليس بمرض ولنا أن توقع التلف ههنا كتوقع المرض أو أكثر فوجب أن يلحق به ولان المرض انما جعل مخوفاً لخوف صاحبه التلف وهذا كذلك قال أحمد اذا حضر انتقال كان عتقه من الثلث وعنه اذا التحم الحرب فوصيته من المال كله لكن يقف الزائد عن الثلث على إجازة الورثة فان حكم وصية الصحيح وخائف التلف واحدي احتمال أن يحمل هذا رواية ثانية وسمى العطية وصية تجوز لكونها في حكم الوصية ويحتمل أن يحمل على حقيقته في صحة الوصية من المال كله (الثانية) اذا قدم ليقتل فهي حالة خوف سواء أريد قتله

لان ملك الابن تام على مال نفسه يصح تصرفه فيه ويحل له وطاء جواريه ولو كان الملك مشتركاً لم يحل له الوطاء كما لا يجوز وطاء الجارية المشتركة وانما للاب انتزاعه منه كالعين التي وهبها اياه فقبل انتزاعها لا يصح تصرفه لانه يتصرف في ملك غيره بغير ولاية ، وان كان الابن صغيراً لم يصح ايضاً لانه لا يملك التصرف به لاحظ الصغير فيه وليس من الحظ اسقاط دينه وعق عبده وهبة ماله

(فصل) قال أحمد بين الرجل وبين ولده ربا لما ذكرناه من أن ملك الابن على ماله تام . وقال : لا يبطأ جارية الابن الا أن يتبعضها يعني يملكها ، وذلك لانه اذا وطئها قبل تملكها فقد وطئها وليس زوجة ولا ملك يمين وان تملكها لم يحل له وطؤها حتى يستبرأ لانه ابتداء ملك فوجب الاستبراء فيه كما لو اشتراها وان كان الابن قد وطئها لم تحل له بحال وان وطئها قبل تملكه كان محرماً من وجهين (أحدهما) انه وطئها قبل ملكها (والثاني) انه وطئها قبل استبرائها ، وان كان الابن وطئها حرمت

للقصاص أو لغيره ، وللشافعي فيه قولان أحدهما خوف والثاني ان جرح فهو خوف وإلا فلا لانه صحيح البدن والظاهر العقو عنه . ولنا أن التهديد بالقتل جعل اكراها يمنع وقوع الطلاق وصحة البيع ويبيع كثيراً من المحرمات ولولا الخوف لم تثبت هذه الاحكام ، واذا حكم للمريض وحاضر الحرب بالخوف مع ظهور السلامة وبعد وجود التلف فمع ظهور التلف وقربه أولى ، ولا عبرة بصحة البدن فان المرض لم يكن مثبتاً لهذا الحكم لئنه بل لخوف افضائه الى التلف فيثبت الحكم ههنا بطريق التنبيه لظهور التلف (اثلاثة) اذا ركب البحر فان كان ساكناً فليس بخوف وان اضطرب وهبت الريح العاصف فهو مخوف ، وقد وصفهم الله تعالى بشدة الخوف فقال تعالى (هو الذي يسيركم في البر والبحر) الآية الى قوله (جاءها ريح عاصف وجاءهم الموج من كل مكان وظنوا أنهم أحيط بهم) (الرابع) الاسير والمحبوس اذا كان من عاقبتهم القتل فهو خائف عطيته من التلث وإلا فلا وهذا قول أبي حنيفة ومالك وابن أبي ليلى وأحمد ، قولي الشافعي وقال الحسن لما حبس الحجاج إياس بن معاوية ليس له من ماله إلا التلث وقال أبو بكر عطية الاسير من التلث ولم يفرق به قال الزهري والثوري واسحاق وحكام ابن المنذر عن أحمد وتأول القاضي ماروي وهو على ما ذكرناه من التفصيل ابتداء وقال انشعي ومالك الغازي عطيته من التلث وقال مسروق إذا وضع رجله في الفرز وقال الاوزاعي المحصور في سبيل الله والمحبوس ينتظر القتل هو في ثلثه والصحيح ان شاء الله ما ذكرناه من التفصيل لان مجرد الحبس والامر من غير خوف القتل ليس بمرض ولا هو في معنى المرض في الخوف فلم يجز الحاقه به واذا كان المريض الذي لا يخاف التلف عطيته من رأس ماله فغيره أولى (الخامسة) اذا وقع الطاعون يلهه فمن أحمد أنه مخوف ويحتمل أنه ليس بمخوف فانه ليس بمرض وإنما يخاف المرض

(فصل) وكذلك الحامل عند الخاض لانه يحصل لها ألم شديد يخاف منه التلث أشبهت سائر أصحاب الامراض المخوفة وما قبل ذلك فلا ألم بها فلا يكون غرقاً ، وقال الحرقي وكذلك الحامل اذا صار لها ستة أشهر يمين عطيتها من التلث وبه قال مالك وقال اسحاق اذا تممت لا يجوز لها إلا التلث ولم

بوجه ثالث وهي انها صارت بمنزلة حليقة ابنه فان فعل فلا حد عليه اشبه المالك فان النبي ﷺ أضاف مال الولد الى أبيه فقال « أنت ومالك لأبيك » وان ولدت منه صارت أم ولد له وولده حر لانه من وطء انتفى عنه الحد لاشبهه وتصير أم ولد وليس للان مطالبته بشيء من قيمتها ولا قيمة ولدها ولا مهرها . وهل يعزر؟ يحتمل وجهين (أحدهما) يعزر لانه وطئ وطأ محرماً أشبه بالوطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره (والثاني) لا يعزر لانه لا يقتص منه بالجناية على ولده فلا يعزر بالتصرف في ماله

(فصل) وليس لغير الاب الأخذ من مال غيره بغير اذنه لان الخبر ورد في الاب بقوله « أنت ومالك لأبيك » ولا يصح قياس غير الأب عليه لان الاب ولاية على ولده وماله اذا كان صغيراً وله شفقة تامة وحق متأكد ولا يسقط ميراثه بحال والام لا تأخذ لانها لا ولاية لما والجد أيضاً لا يلي على مال ولد ابنته وشفقته قاصرة عن شفقة الاب ويوجب به في الميراث وفي ولاية النكاح وغيرها

يحد حداً وحكاه ابن المنذر عن أحمد وقال سعيد بن المسيب وعطاء وقتادة عطية الحامل من الثلث وقال أبو الخطاب عطيتها من المال كله ما لم يضربها الخاض فاذا ضربها الخاض فعطيتها من الثلث وبه قال النخعي ومكحول ويحيى الانصاري والاوزاعي والثوري والعنبري وابن المنذر وهو ظاهر مذهب الشافعي لانها لا تخاف إلا إذا ضربها الطلق فاشبهت صاحب الامراض الممتدة قبل أن يصير صاحب فراش وقال الحسن والزهرى عطيتها كعطية الصحيح وهو القول الثاني للشافعي لان الغالب سلامتها ووجه قول الحرقي أن ستة الاشهر وقت يمكن الولادة فيه وهو من أسباب التلف، والصحيح ان شاء الله تعالى ما ذكرناه من أنه إذا ضربها الطلق كان مخوفاً بخلاف ما قبل ذلك لانه لا ألم بها واحتمال وجوده خلاف النادة فلا يثبت الحكم باحتماله البعيد مع عدمه كالصحيح وقيل عن أحمد ما يدل على أن عطايا هؤلاء من المال كله لانه لا مرض بهم وقد ذكرنا الخلاف في ذلك

(فصل) فأما بعد الولادة فإن بقيت المشيمة معها فهو مخوف وإن مات الولد معها فهو مخوف لانه يصعب خروجه فان وضعت الولد وخرجت المشيمة فحصل ثم ورم أو ضرباً شديداً فهو مخوف وإن لم يكن شيء من ذلك فقد روي عن أحمد في النفساء ان كانت ترمي الدم فعطيتها من الثلث فيحتمل أنه أراد بذلك اذا كان معه ألم للزومه ذلك في الغالب ويحتمل أن يحمل على ظاهره فانها إذا كانت ترمي الدم كانت كالريضة وحكمها بعد السقط مثل حكمها بعد الولد التام فان اسقطت مضغة أو علقة فلا حكم لها إلا أن يكون ثم مرض أو ألم وهذا كله مذهب الشافعي إلا أن مجرد الدم عنده ليس بمخوف

(فصل) وما لزم المريض في مرضه من حق لا يمكنه دفعه واسقاطه كأرض جنائته وجناية عبده وما عاوض عليه بتمن المثل وما يتغابن الناس بمثله فهو من رأس المال لا نعلم فيه خلافاً وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي وكذلك النكاح بمهر المثل يجوز من رأس المال لانه صرف ماله في حاجة

من الاقارب والاجانب ليس لهم الاخذ بطريق التنبيه لانه اذا امتنع الاخذ في حق الام والجدة مع مشاركتها الاب في بعض المعاني فغيرهما مما لا يشارك الاب في ذلك أول

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يحل لواهب أن يرجع في هبته ولا لمهد أن يرجع في هديته وإن لم يثب عليها)

يعني وان لم يموض عنها وأراد من عدا الاب لانه قد ذكر ان للاب الرجوع بقوله أمر برده فأما غيره فليس له الرجوع في هبته ولا هديته، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور . وقال النخعي والثوري وأصحاب الرأي من وهب لغير ذي رحم فيه الرجوع مالم يثب عليها ومن وهب لذي رحم فليس له الرجوع وروي ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، واحتجوا بما روى أبو هريرة قال

نفسه فقدم بذلك على وارثه وكذلك لو اشترى أمة للاستمتاع بها كثيرة الثمن بشئ مثلها أو اشترى من الاطعمة التي لا يأكل مثله مثلها جاز وصح شراؤه له لانه صرف ماله في حاجته وان كان عليه دين أو مات وعليه دين قدم بذلك على وارثه لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصى بها أو دين)

(فصل) فاما ان قضى المريض بعض غرمائه ووفت تركته بسائر الديون صح قضاؤه ولم يكن لسائر الغرماء الاعتراض عليه ، وان لم يف بها ففيه وجهان (أحدهما) أن لسائر الغرماء الرجوع عليه ومشاركته فيما أخذه وهو قول أبي حنيفة لان حقهم تعلق بماله بمرضه فتح تصرفه فيه بما ينقص ديونهم كتبرعه ولانه لو وصى بقضاء بعض ديونه لم يحز فكذلك اذا قضاها (والثاني) لا يملكون الاعتراض عليه ولا مشاركته وهو قياس قول أحمد ومنصوص الشافعي لانه أدى واجباً عليه فصح كما لو اشترى شيئاً فأدى ثمنه أو باع بعض ماله وسلمه ويفارق الوصية فانه لو اشترى ثياباً بثمنه صح ولو وصى بتكفينه بثياب مثمنه لم يصح بحقق هذا أن إبقاء ثمن البيع قضاء لبعض غرمائه وقد صح عقيب البيع فكذلك إذا تراخى إذا تراخى

(فصل) وإذا تبرع المريض أو أعتق ثم أقر بدين لم يطل تبرعه نص عليه أحمد فيمن أعتق عبده في مرضه ثم أقر بدين عتق العبد ولم يرد الى الرق لان الحق ثبت بالتبرع في الظاهر فلم يقبل اقراره فيما يطل به حق غيره

﴿مسئلة﴾ (وان لم يف الثلث بالتبرعات المنجزة بدي بالاول فالاول سواء كان الاول عتقاً أو غيره) وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة الجميع سواء اذا كانت من جنس واحد وان كانت من أجناس وكانت الحباة مقدمة قدمت وان تأخرت سوي بينها وبين العتق وانما كان كذلك لان الحباة حق آدمي على وجه الماوضة فقدمت اذا تقدمت كقضاء الدين واذا تساوى جنسها سوي بينها لأنها عطايا من جنس واحد تعتبر من الثلث فسوى بينها كالوصية وقال أبو يوسف ومحمد يقدم العتق تقدم أو تأخر

قال رسول الله ﷺ « الرجل أحق بهبته مالم يثب منها » رواه ابن ماجه في سننه وبقول عمر ولأنه لم يحصل له عنها عوض فجاز له الرجوع فيها كالعارية
ولنا قول النبي ﷺ « العائد في هبته كالعائد في قبضته » وفي لفظ « كالكلب يعود في قبضته »
وفي رواية « انه ليس لنا مثل السوء العائد في هبته كالكلب يعود في قبضته » يتفق عليه وأيضاً قول النبي ﷺ « ليس لأحد أن يعطي عطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده » وقد ذكرناه ، وروى عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده ان نبي الله ﷺ قال « لا يرجع واهب في هبته إلا الوالد فيما يعطي ولده » ولأنه واهب لا ولاية له في المال فلم يرجع في هبته كذبي الرحم المحرم . وأحاديثنا أصح من أحاديثهم وأولى . وقول عمر قد زوي عن ابنه وابن عباس خلافه وأما العارية فإنما هي هبة المنافع ولم يحصل قبض فيها فإن قبضها باستيفائها فتظير مسئلتنا ما استوفى من منافع العارية فإنه لا يجوز الرجوع فيها

ولنا أنهما عطيان منجزتان فكانت أولاهما أولى كما لو كانت الأولى عارية عند أبي حنيفة أو عتقاً عند صاحبه ولأن العطية المنجزة لازمة في حق المعطي فإذا كانت خارجة من الثلث لزم في حق الورثة فلو شاركها اثنان لمنع ذلك لزوماً في حق المعطي لانه يملك الرجوع في بعضها بعطية أخرى بخلاف الوصايا فإنها غير لازمة في حقه وإنما تلزم بالموت في حال واحدة فاسترياً لاستوائهما في حال لزومها بخلاف المنجزتين وما قاله في العارية لا يصح فإنها بمنزلة الهبة ولو كانت بمنزلة المعاوضة أو الدين لما كانت من الثلث

﴿مسئلة﴾ (وان تساوت قسم بين الجميع بالحصص وعنه يقدم العتق) أما اذا وقعت دفعة واحدة بان وكل جماعة في هذه التبرعات فاوقعوها دفعة واحدة فإن كانت كلها عتقاً أقرعنا بينهم فكلنا العتق في بعضهم وان لم يكن فيها عتق قسمنا الثلث بينهم على قدر عطاياهم لأنهم تساوا في الاستحقاق فقسم بينهم على قدر حقوقهم كغرماء المغلس وإنما خواف هذا الاصل في العتق لحديث عمران بن حصين وسند ذكر ذلك في موضعه ، وان كان فيها عتق وغيره ففيه روايتان (أحدهما) يقدم العتق لنا كده (والثانية) يسوى بين السكك لأنها حقوق تساوت في استحقاقها فتسارت في تنفيذها كما لو كانت من جنس واحد لان استحقاقها حصل في حال واحدة

(فصل) إذا قال المريض إذا أعتقت سعداً فسعيد حر ثم أعتق سعداً عتق سعيد ان خرج من الثلث وان لم يخرج من الثلث إلا أحدهما عتق سعد وحده ولم يقرع بينهما لوجهين (أحدهما) أن سعداً سبق بالعتق (والثاني) ان عتقه شرط لعتق سعيد فلو رق بمضه فأتى عتق سعيد أيضاً لفوات شرطه وان بقي من الثلث ما يعتق به بعض سعيد عتق تمام الثلث منه ، وان قال ان أعتقت سعداً فسعيد وعمرو خران ثم أعتق سعداً ولم يخرج من الثلث إلا أحدهم عتق سعد وحده لما ذكرنا وان خرج من الثلث اثنان أو واحد وبض آخر عتق سعد وأقرع بين سعيد وعمرو فيما بقي من الثلث لان عتقهما في حال

(فصل) فحصل الاتفاق على أن ما وجه الانسان لذوي رحمه المحرم غير ولد ، لارجوع فيه ، وكذلك ما وجه الزوج لامرأته والخلاف فيما عدا هؤلاء . فمئذنا لا يرجع الا لوالده وعدم لا يرجع الا الاجنبي ، فأما هبة المرأة لزوجها فنحن أحمد فيه روايتان (أحدهما) لارجوع لها فيها وهذا قول عمر بن عبد العزيز والنخعي وربيعة ومالك والثوري والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وهو قول عطاء وقتادة (والثانية) لها الرجوع . قال الاثرم سمعت أحمد يستل عن المرأة تهيب ثم ترجع فأبته بمجمل النساء غير الرجال ثم ذكر الحديث (إنما يرجع في المواهب النساء وشرار الاقوام ، وذكر حديث عمر : ان النساء يعطين أزواجهن رغبة ورهبة وإما امرأة أنطت زوجها شيئاً ثم أرادت أن تعتمه فهي أحق به رواء الاثرم بإسناده وهذا قول شريح والشعبي وحكام الزمري عن القضاة ، وعن أحمد رواية أخرى ثالثة نقلها أبو طالب اذا وهبت له مهرها فإن كان سألها ذلك رده اليها رضيت أو كرهت

واحدة وليس عتق أحدهما شرطاً في عتق الآخر ، ولو خرج من الثلث اثنان وبعض الثالث أقرعنا بينهما لتكميل الحرية في أحدهما وحصول الشقيص في الآخر وان قال ان أعتقت سعداً فسيحدر أو فسيحدر وعمر وحران في حال اعتاق سعداً فالحكم سواء لا يختلف لان عتق سعد شرط لعتقها فلو رقب بعضه لغات شرط عتقها فوجب تقديمه فان كان الشرط في الصحة والاعتاق في المرض فالحكم على ما ذكرناه (فصل) فان قال ان تزوجت فمبدي حر فتزوج في مرضه بأكثر من مهر المثل فزيادة محابة تعتبر من الثلث فان لم يخرج من الثلث الا المحابة أو العبد قدمت المحابة لانها وجبت قبل العتق لكون التزويج شرطاً في العتق فقد سبقت العتق ويحتمل ان يتساوى لان التزويج سبب لثبوت المحابة وشرط للعتق فلا يسبق وجود أحدهما صاحبه فيكونان سواء ، ثم هل يقدم العتق على المحابة ؟ على روايتين وهذا فيما اذا ثبتت المحابة بأن لارث المرأة الزوج اما لوجود مانع من الارث أو لفارقه إياها في حياته اما بموتها أو طلاقها أو نحوه ، فاما ان ورثته تبين ان المحابة لا تثبت لها الا باجازه الورثة فينبغي أن يقدم العتق عليها لانه لازم غير موقوف على الاجازة فيكون متقدماً وان قال أنت حر في حال تزويجي فتزوج بأكثر من مهر المثل فعلى القول الاول يتساويان لان التزويج جعل حالة لا يباع العتق كما في عتق سعد وسعيد وبطلان المحابة لا يبطل التزويج ولا يؤثر فيه وعلى الاحتمال المذكور يكون العتق سابقاً لان المحابة انما تثبت بتمام التزويج والعتق قبل تمامه فيكون سابقاً على المحابة فيتقدم لهذا المعنى سيما اذا تأكد بقوته . وكونه غير وارث

(فصل) اذا أعتق المريض شقصاً من عبد ثم أعتق شقصاً من آخر ولم يخرج من الثلث الا العبد الاول عتق وحده لانه يعتق حين تلفظه باعتاق بعضه وان خرج الاول وبعض الثاني عتق ذلك وان أعتق الشقيصين مآ فلم يخرج من الثلث الا الشقيصان عتقا ورق باقي العبدان وان لم يخرج الا أحدهما أقرع بينهما وان خرج الشقيصان وباقي أحد العبدان ففيه وجهان (أحدهما) تكميل العتق من أحدهما (المغني والشرح الكبير) (٢٨) (الجزء السادس)

لأنها لا تهب الا بخافة غضبه أو اضرار بها بأن يتزوج عليها وإن لم يكن سألها وتبرعت به فهو جائز فظاهر هذه الرواية أنه متى كانت مع الهبة قرينة من مسائلها أو غضبه عليها أو ما يدل على خوفها منه فالها الرجوع لأن شاهد الحال يدل على أنها لم تطب بها نفسها وإنما أباحه الله تعالى عند طيب نفسها بقوله تعالى (فإن طبن لبيكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً) وظاهر كلام الحرفي الرواية الأولى وهو اختيار أبي بكر لقول الله تعالى (إلا أن يعزوني أو ينعوني الذي بيده عقدة النكاح) وقول تعالى (فإن طبن لبيكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً) وعموم الأحاديث الذي قدمناها (فصل) ولا يجوز للمتصدق الرجوع في صدقته في قولهم جبرها لأن عمر قال في حديثه . من وهب هبة على رجاء صدقة فإنه لا يرجع فيها مع عمر أحاديثها فانفق دليلهم ودليلنا لذلك اتفق قولهم وقولنا

بالقرعة بينهما كما لو أعتق العبد فلم يخرج من الثلث إلا أحدهما (وإثاني) يقسم ما بقي من الثلث بينهما بغير قرعة لأنه أوقع عتقاً مشقصاً فلم يكمله بخلاف ما لو أعتق العبدين ولهذا إذا لم يخرج من الثلث إلا الشقصان اعتقتهما بغير قرعة ولم تكمله من أحدهما ولو وصى باعتاق النصيين وإن يكمل عتقهما من ثمة ولم يخرج من الثلث إلا النصيان وقيمة باقي أحدهما أقرعنا بينهما فن خرجت قرعته كمل العتق فيه لأن الموصي أوصى بتكميل العتق فجري مجرى اعتاقهما بخلاف التي قبلها

﴿ مسألة ﴾ (وأما معاوضة المريض بثلث فصح من رأس المال وإن كانت مع وارث)
لأنه ليس بوصية لأن الوصية تبرع وليس هذا تبرعاً فاستوى فيه الوارث وغيره ويحتمل أن لا يصح لوارث لأنه خصه بعين المال أشبه ما لو حاباه

﴿ مسألة ﴾ (وإن حابى وارثه فقال القاضي يبطل في قدر ما حاباه وبصح فيما عداه)
مثل أن يبيع شيئاً بنصف ثمنه فله نصفه بجميع الثمن لأنه تبرع له بنصف الثمن فبطل التصرف فيما تبرع له به والمشتري الخيار لأن الصفقة تبعضت في حقه
﴿ مسألة ﴾ (فإن كان له شفيع فله أخذه فإن أخذ فلا خيار للمشتري) لزوال الضرر عنه لأنه لو فسخ البيع رجع بالثمن وقد حصل له الثمن من الشفيع
(فصل) فإن باع اجنبياً وحاباه لم يمنع ذلك صحة العقد عند الجمهور وقال أهل الظاهر يبطل العقد .

ولنا عموم قوله تعالى (وأحل الله البيع) ولأنه تصرف صدر من أهله في محله فصح كثير المربض فعلى هذا لو باع عبداً لا يملك غيره قيمته ثلاثون بشرة فقد حابى المشتري بثاني ماله وليس له الحاباة بأكثر من الثلث فإن أجاز الورثة ذلك لزم البيع وإن ردوا فاختار المشتري فسخ البيع فله ذلك لأن الصفقة تبعضت في حقه فإن اختار امضاء البيع فقال شيوخنا غمدى أنه يأخذ نصف المبيع بنصف

(فصل) والهبة المطلقة لا تقتضي ثواباً سواء كانت من الانداز لثله أو دونه أو أعلى منه وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي في الهبة لثله أو دونه كقولنا : فإن كانت لأعلى منه ففيها قولان (أحدهما) أنها تقتضي الثواب وهو قول مالك لقول عمر رضي الله عنه ، ومن وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها

ولما أنها عطية على وجه التبرع لم تقتض ثواباً كية المثل والوصية وحديث عمر قد خالفه ابنه وابن عباس ، فإن عوضه عن الهبة كانت هبة مبتدأة لا غوضاً أيهما أصاب عيباً لم يكن له الرد ، وإن خرجت من تحقة أخذها صاحبها ولم يرجع الموهوب له يبدلها فإن شرط في الهبة ثواباً معلوماً صح من عليه أحد لأنه تملك بعوض معلوم فهو كالبيع ، وحكمها حكم البيع في ضمان الدرك ربوت الخيار والشفعة وبهذا قال أصحاب الرأي ولاصحاب الشافعي قول أنه لا يصح لأنه شرط في الهبة ما يفي مقتضاها ، ولنا أنه تملك بعرض فصح كما لو قال مملكتك هذا بدرهم فإنه لو أطلق التملك كان هبة

الثلث ويفسخ البيع في الباقي وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي والوجه الثاني أنه يأخذ ثلثي المبيع بالثلث كله وإلى هذا أشار القاضي في نحو هذه المسئلة لأنه يستحق الثلث بالحياة والثلث الآخر بالثلث وقال أهل العراق يقال له إن شئت أدبت عشرة أخرى وأخذت المبيع وإن شئت فسخت ولا شيء لك وعند مالك له أن يفسخ ويأخذ ثلث المبيع بالحياة ويسميه أصحابه خلع الثلث

ولنا أن ما ذكرناه مغالبة بعض المبيع بقسطه من الثلث عند تعذر أخذ جميعه بجميعه فصح ذلك كما لو اشترى ساعتين بثمن فانفسخ البيع في أحدهما لعيب أو غيره أو كما لو اشترى شقصاً وسيفاً فأخذ الشفيع الشقص أو كما لو اشترى قفيزاً يساوي ثلاثين بقفيز قيمته عشرة ، وأما الوجه الثاني الذي اختاره القاضي فلا يصح لأنه أوجب له المبيع ثمن يأخذ بعضه بالثلث كله فلا يصح كما لو قال بملك هذا بمائة فقال قد قلت نصفها ولأنه إذا فسح البيع في بعضه وجب أن يفسخه بقدره من ثمنه ولا يجوز فسح البيع فيه مع بقاء ثمنه كما لا يجوز فسح البيع في الجميع مع بقاء ثمنه ، وأما قول أهل العراق فإن فيه اجباراً للورثة على المماوضة على غير الوجه الذي عاوض موروثهم ، وأما قول مالك فلا يصح لأنه إذا فسح البيع لم يستحق شيئاً لأن الحياة إنما حصلت في ضمن البيع فإذا بطل البيع بطلت كما لو وصى لرجل بعينه أن يحج عنه بمائة وأجر المثل خسون فطلب الخمسين الفاضلة بدون الحج . وإن اشترى عبداً يساوي عشرة ثلاثين فإنه يأخذ نصفها بنصفها وإن باع العبد الذي يساوي ثلاثين بخمسة عشر جاز البيع في ثلثيه بثلثي الثلث في قول شيخنا وعلى قول القاضي للمشتري خمسة أسداسه بكل الثلث ، وطريق هذا أن ينسب الثلث وثلث المبيع إلى قيمته فصح البيع في مقدار تلك النسبة وهو خمسة أسداسه وعلى الوجه الأول يسقط الثلث من قيمة المبيع وينسب الثلث إلى الباقي فيصح البيع في

وإذا ذكر العوض صار بيعا . قال أبو الخطاب وقد روي عن أحمد ما يقتضي أن يغلب في هذا حكم الهبة فلا تثبت فيها أحكام البيع المختصة به ، فلما ان شرط ثوبا مجهولا لم يصح رفضت الهبة وحكمها حكم البيع الفاسد بردها الموهوب له بزيادتها المتصلة والمنفصلة لأنه نفاذ ملك الواهب وان كانت تالفة رد قيمتها وهذا قول الشافعي وأبي ثور ، وظاهر كلام أحمد رحمه الله أنها تصح فإذا أعطاه عنها عرضا رضي به لزم العقد بذلك فإنه قال في رواية محمد بن الحكم إذا قال الواهب هذا لك على أن تمينني فله أن يرجع إذا لم يشبه لانه شرط ، وقال في رواية اسماعيل بن سعيد إذا وهب له على وجه الاتابة فلا يجوز إلا أن يشبه عنها ، فله هذا عليه أن يعطيه حتى يرضيه فإن لم يفعل فلو وهب الرجوع ويحتمل أن يعطيه قدر قيمتها والاول أصح لان هذا يعنى فيعتبر فيه التراضي إلا أنه يعنى بالمعاطة فإذا عوضه عوضا رضي به حصل البيع بما حصل من المعاطة مع التراضي بها وان لم يحصل التراضي لم تصح لعدم العقد فإنه لم يوجد الإيجاب والقبول ولا المعطاة مع التراضي ، والاصل في هذا قول عمر رضي الله عنه من وهب

قدر تلك النسبة وهو ثلثاه بثاني الثمن فان خالف البائع عشرة أخرى فعلى الوجه الاول يصح في ثمانية اتساعه بثمانية اتساع الثمن وعلى الوجه الثاني يأخذ المشتري نصفه وأربعة اتساعه بجميع الثمن

﴿ مسألة ﴾ (وان باع المريض اجنبيا وحياه وكان شفيعه وارثا فله الاخذ بالشفعة)

لان الحماة لنيره يعنى اذا باع شقصا تجب فيه الشفعة لان الحماة انما وقعت للاجنبي فأشبهه ما لو وصى لغريم وارثه ويحتمل أن لا يملك الوارث الشفعة ههنا لافضائه الى جيل سبيل للانسان الى اثبات حق وارثه في الحماة وقد ذكرنا ذلك والخلاف فيه في الشفعة

﴿ مسألة ﴾ (ويعتبر الثالث عند الموت لانه وقت لزوم الوصية واستحقاقها وتثبت له ولاية القبول والرد فلو أعتق عبدا لا يملك غيره ثم ملك مالا يخرج من ثلثه تبينا أنه عتق كله لخروجه من الثلث عند الموت وان صار عليه دين يستترقه لم يستترقه منه شيء لان الدين يقدم على الوصية لما روي عن علي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدين قبل الوصية ويحتمل أن يعتق ثلثه لان تصرف المريض في الثلث كتصرف الصحيح في الجميع

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (وتنفرد العطية الوصية في أربعة أشياء (أحدها) انه يبدأ بالاول فلاول منها والوصايا يسوى بين المتقدم والمتأخر منها) أما العطايا فقد ذكرنا حكمها والخلاف فيها ، وأما الوصايا فأنها تبرع بعد الموت فتؤخذ دفعة واحدة ولذلك استوى فيها المتقدم والمتأخر ، (الثاني) أنه لا يجوز الرجوع في العطية بخلاف الوصية لان العطية تقع لازمة في حق المعطي تنتقل إلى المعطي في الحياة اذا اتصل بها القبول والقبض وإن كثرت فلم يكن له الرجوع فيها كالهبة وانما منع المريض من التبرع بزيادة على الثلث لحق الورثة لا لحقه فلم يملك اجازتها ولا ردها بخلاف الوصية لان التبرع بها مشروط بالموت ففيما قبل الموت لم يوجد التبرع ولا العطية فهي كالهبة قبل القبول ،

هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها . وروى معنى ذلك عن علي وفضالة بن عبيد ومالك بن أنس وهو قول الشافعي على القول الذي يرى أن الهبة المطلقة تقتضي ثوابا وقد روى أبو هريرة أن أعرابيا وهب لنبى ﷺ ناقة فأعطاه ثلاثا فأبى فزاده ثلاثا فأبى فزاده ثلاثا فلما كملت تسعا قال رضيته ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم « لقد هممت أن لآتهب إلا من قرشي أو أنصاري أو ثقيفي أو دومي » من المسند ، قال أحمد إذا تغيرت العين الموهوبة بزيادة أو نقصان ولم يثبه منها فلا أرى عليه نقصان ما نقص عنده إذا رده إلى صاحبه إلا أن يكون ثوبا لبسه أو

(الثالث) أنه يعتبر قبوله للعطية عند وجودها ويتمتع بالشرط الهبة المذكورة لأنها هبة منجزة فاعتبرها القبول عند وجودها كعطية الصحيح بخلاف الوصية فإنه لا حكم لقبولها ولا ردها إلا بعد الموت على ما يأتي (فصل) والعطية تقدم على الوصية وهو قول الشافعي وجمهور العلماء وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف وزفر إلا في العتق فإنه حكى عنهم تقديمه لأن العتق يتعلق به حق الله تعالى ويسري وينفذ في ملك الغير فيجب تقديمه . ولنا أن العطية لازمة في حق المريض فقدمت على الوصية كعطية الصحة أو فقدمت على العتق كعطية الصحة

(الرابع) أن الملك يثبت في العطية من حينها ويكون مراعى فإذا خرج من الثلث عند الموت تبيننا أن الملك كان ثابتاً من حينه لأن العطية في المرض عليك في الحال لأنها إن كانت هبة فقتضاها إليك المهروب في الحال ولهذا يعتبر قبولها في المجلس كما لو كانت في الصحة ، وكذلك إن كانت محاباة أو اعتاقاً وأما كونها مراعاة فلا نألا نعلم هل هذا مرض الموت أو لا ولا نعلم هل يستفيد مالا أو يناف شيء من ماله أو لا فتوقفنا لنعلم عاقبة أمره فنعمل عليها فإذا انكشف الحال علمنا حينئذ ما ثبت حال العقد ، ومثل ذلك ما لو أسلم أحد الزوجين بعد الدخول فأنال ندرجي هل يسلم الثاني أم لا فنقف الأمر حتى تنقضي العدة فإن أسلم الآخر في العدة تبيننا أن النكاح كان صحيحاً باقياً وإن انقضت العدة قبل إسلامه تبيننا أن النكاح انفسخ من حين اختلاف دينهما

(مسئلة) (فلو أعتق في مرضه عبداً أو وهبه لإنسان ثم كسب في حياة سيده شيئاً ثم مات سيده فخرج من الثلث كان كسبه له إن كان معنقاً والموهوب إن كان موهوباً ، وإن خرج بعضه فلهما من كسبه بقدر ذلك)

إذا أعتق عبداً لا مال له سواء فكسب مثل قيمته قبل موت سيده فلا عبد من كسبه بقدر ما عتق منه وبأقيه لسيده فيزداد به مال السيد ويزداد الحرية لذلك ويزداد حقه من كسبه فينقص به حق السيد من الكسب وينقص بذلك قدر المعتق منه فيدخل الدور فيستخرج ذلك بالجبر فيقال عتق من العبد شيء وله من كسبه شيء لأن كسبه مثله ولورثة من العبد شيئان لأن لهم مثلي ما عتق منه وقد عتق منه شيء ولا يحسب على العبد ما حصل له من كسبه لأنه استحقه بجزئه الحر لا من جهة سيده فصاهر للعبد شيئان

غلاما استعمله أو جارية استخدمها فأما غير ذلك إذا نقص فلا شيء عليه فكان عندي مثل الرهن الزيادة والنقصان لصاحبه

(مسئلة) قال (وإذا قال داري لك عمري أو هي لك عمرك فهي له ولورثته من بعده)

العمري والرقبي نوعان من الهبة يفترقان إلى ما يفترقا إليه سائر الهبات من الإيجاب والقبول والقبض أو ما يقوم مقام ذلك عند من اعتبره، وصورة العمري أن يقول الرجل أعمرك داري هذه أو هي لك عمري أو ماعشت أو مدة حياتك أو ماحييت أو نحو هذا، سميت عمري لتعبيدها بالعمري والرقبي أن

ولورثة شيان من العبد وكسبه فيقسم العبد وكسبه نصفين فيعتق منه نصفه وله نصف كسبه ولورثة نصفهما، وإن كسب مثلي قيمته فله من كسبه شيان صار له ثلاثة أشياء ولهم شيان فيقسم العبد وكسبه أخماسا يعتق منه ثلاثة أخماسه وله ثلاثة أخماس كسبه ولورثة خمساه وخمس كسبه وإن كسب ثلاثة أمثال قيمته فله من كسبه ثلاثة أشياء مع ماعتق منه ولورثة شيان فيعتق منه ثلثاه وله ثلثا كسبه ولورثة ثلثهما، وإن كسب نصف قيمته عتق منه شيء وله من كسبه نصف شيء ولهم شيان فالجيم ثلاثة أشياء ونصف شيء فإذا بسطها انصافا صارت سبعة فله ثلاثة أسباعها فيعتق منه ثلاثة أسباعه وله ثلاثة أسباع كسبه والباقي لورثة وذلك مثلا ماعتق منه

(مسئلة) (وإن كان موهوبا لاندان فلا يوهوب له من العبد بقدر ماعتق منه وله من كسبه بقدر ذلك) فإن كانت قيمته مائة فكسب تسعة فاجعل له من كل دينار شيئا فقد عتق منه مائة وله من كسبه تسعة أشياء ولهم مائتا شيء فيعتق منه مائة جزء وتسعة أجزاء من ثلثائة وتسعة وله من كسبه مثل ذلك ولهم مائتا جزء من كسبه، فإن كان على السيد دين يستغرق قيمته وقيمة كسبه صرفا في الدين ولم يعتق منه شيء لأن الدين مقدم على التبرع وإن لم يستغرق قيمته وقيمة كسبه صرفا من العبد وكسبه ما يقضى به الدين وما بقي منهما يقدم على ما يؤول في العبد الكامل وكسبه، فعلى هذا لو كان على الميت دين بقيمة العبد صرف فيه نصف العبد ونصف كسبه وقسم النصف الباقي بين الورثة والعتق نصفين وكذلك بقية الكسب، فإن كسب العبد مثل قيمته وللسيد مال بقدر الكسب قسمت العبد ومثل قيمة على الأشياء الأربعة لكل شيء ثلاثة أرباع فيعتق من العبد ثلاثة أرباعه وله ثلاثة أرباع كسبه (فصل) (وإن أعتق عبداً قيمته عشرون ثم أعتق عبداً قيمته عشرة فكسب كل واحد منهما مثل قيمته أكلت الحرية في العبد الأول فيعتق منه شيء وله من كسبه شيء ولورثة شيان ويقسم العبدان وكسبهما على الأشياء الأربعة لكل شيء خمسة عشر فيعتق منه بقدر ذلك وهو ثلاثة أرباعه وله ثلاثة أرباع كسبه والباقي لورثة، وإن بدأ بعتق الأدنى عتق كله وأخذ كسبه ويستحق الورثة من العبد الآخر وكسبه مثلي العبد الذي عتق وهو نصفه ونصف كسبه ويبقى نصفه ونصف كسبه

يقول أرتبك هذه الدار أو هي لك حيائك على أنك ان مت قبلى عادت إلى، وإن مت قبلك فهي لك واهتك فكأنه يقول هي لا تخرنا موتنا وبذلك سميت رقبى لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه وكلاهما جائز في قول أكثر أهل العلم، وحكى عن بعضهم أنها لا تصح لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تعمروا ولا ترقبوا »

ولنا ما روى جابر قال : قال رسول الله ﷺ « العمرى جائزة لاهلها والرقى جائزة لاهلها » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن، فاما النهي فلما ورد على سبيل الاعلام لهم انكم إن أعمرتم أو أرقبتم بعد للمعمر والمرقب ولم يعد اليكم منه شيء : وسياق الحديث يدل عليه فانه قال « فمن

بينهما نصفين فيعتق ربعه، وله ربع كسبه ويرق ثلاثة أرباعه ويتبعه ثلاثة أرباع كسبه وذلك مثلاما عتق بينهما، وإن أعتق العبدین دفعة واحدة أفرعنا بينهما فمن خرجت له قرعة الحرية فهو كما لو بدأ باعتاقه (فصل) فان أعتق ثلاثة أعبد قيمتهم سواء وعليه دين بقدر قيمة أحدهم وكسب أحدهم، بل قيمته أفرعنا بينهم لاخراج الدين، فان وقعت على غير المكاتب عتق كله والمكاتب وماله لورثة وإن وقعت قرعة الحرية على المكاتب عتق منه ثلاثة أرباعه وله ثلاثة أرباع كسبه وباقيه وبقي كسبه والعبد الآخر لورثة كما قلنا فيما اذا كان لاسيد مال بقدر قيمته، ولو وقعت قرعة لدين ابتداء على المكاتب لقضينا الدين بنصفه ونصف كسبه ثم أفرعنا بين باقيه وبين العبدین الآخرين في الحرية فان وقعت على غيره عتق كله ولورثة ما بقي، فان وقعت على المكاتب عتق باقيه وأخذنا بقي كسبه ثم يقرع بين العبدین لانام الثلث فن وقعت عليه القرعة عتق ثلثه ويبقى ثلثاه والعبد الآخر لورثة (فصل) رجل أعتق عبدین مائة أربى القيمة بكلمة واحدة لا مال له غيرهما ثم مات أحدهما في حياته أفرع بين الحي والميت، فان وقعت على الميت فالحي رقيق وتبين ان الميت نصفه حر لأن مع الورثة ثلثي نصفه، وإن وقعت على الحي عتق ثلثه ولا يحسب الميت على الورثة لانه لم يصل اليهم (فصل) رجل أعتق عبداً لا مال له سواء قيمته عشرة فمات قبل سيده وخلف عشرين فهي لسيده بالولاء وتبين انه مات حراً، وكذلك إن خلف أربعين وبنتا وإن خلف عشرة عتق منه شيء وله من كسبه شيء. ولسيده شيثان وقد حصل في يد سيده عشرة فعدل ستين فتبين ان نصفه حر وباقيه رقيق والعشرة يستحقها السيد نصفها بحكم الرق ونصفها بالولاء، فان خلف العبد ابناً فله من رقبته شيء. ومن كسبه شيء لابنه بالميراث ولسيده شيثان فتقسم العشرة على ثلاثة للابن ثلثا وللسيد ثلثاها وتبين انه عتق من العبد ثلثه، وإن خلف بنتا فله نصف شيء. وللسيد شيثان فصارت العشرة على خمسة، فبنت خمها وللسيد أربعة أخماسها فعادل ستين فتبين ان خمسي العبد مات حراً، وإن خلف العبد عشرين وابناً فله من كسبه شيثان يكونان لابنه ولسيده شيثان فصارت العشرون بين السبا. وبين ابنة نصفين وتبين انه عتق منه نصفه فان مات الابن قبل موت السيد كان ابن معتقة

أمر عمرى فهي لمن أعرها حيا وميتا وعقبه ، ولو أريد به حقيقة النهي لم يمنع ذلك صحتها فان النهي إنما يمنع صحة ما يفيد النهي عنه فائدة ، أما اذا كان صحة النهي عنه ضرراً على مرتكبه لم يمنع صحته كالطلاق في زمن الحيض وصحة العمرى ضرر على العمر فان ملكه يزول بغير عوض . اذا ثبت هذا فان العمرى تنقل الملك الى المعمر وبهذا قال جابر بن عبد الله وابن عمر وابن عباس وشرح ومجاهد وطاوس والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وروي ذلك عن علي

وقال مالك والليث العمرى تملك المانم لانملك بهارقة المعمر بحال ويكره للمعمر السكنى فاذا مات عادت الى المعمر ، وإن قال له ولعقبه كان سكنها لهم فاذا انقضوا عادت الى المعمر

ورثه السيد لاننا تبينا أن أباه مات حراً لكون السيد ملك عشرين وهي مثلاً قيمته فعنق وجراً ولاء ابنه الى سيده فورثه ، وإن لم يكن الابن ابن معتقة لم ينجر ولاؤه ولم يرثه سيد أبيه ، وكذلك الحكم لو خلف هذا الابن عشرين ولم يخلف أبوه شيئاً أو ملك السيد عشرين من أهله جهة كانت وإن لم يملك عشرين لم ينجر ولاء الابن اليه لأن الأب لم يعتق ، وإن عنق بعضه جر من ولاء ابنه بقدره ، فلو خلف الابن عشرة وملك السيد خمسة فاذك تقول عنق من العبد شيء ويجر من ولاء ابنه مثل ذلك ويحصل له من ميراثه شيء مع خمسة وهما يمدلان شيئين وباقي العشرة اولى أمه فيقسم بين السيد وبين مولى الأم نصفين وتبين أنه قد عنق من العبد نصفه ويحصل للسيد خمسة من ميراث ابنه وكانت له خمسة وذلك مثلاً ما عنق من العبد ، فان مات الابن في حياة أبيه قبل موت سيده وخلف مالا وحكمنا بعنق الأب أو عنق بعضه ورث مال أبيه إن كان حراً أو بقدر ما فيه من الحرية إن كان بعضه حراً ولم يرث سيده منه شيئاً ، وفي هذه المسائل خلاف تركها ذكره مخافة التطويل (مسألة) (وإن أعنت جارية لا مال له غيرها ثم وطئها ومهر مثاها نصف قيمتها فهو كما لو كسبت نصف قيمتها) يعتق منها ثلاثة أسباعها وقد ذكرناه

(فصل) وإن وهبها مريضاً آخر لا مال له غيرها ثم وهبها الثاني للاول وماتا جميعاً فنقول صحت هبة الاول في شيء وعاد اليه بالهبة الثانية ثلثه بقي لورثة الثاني ثلثا شيء ولورثة الاول شيان فاضربها في ثلثه لزال الكسر يكن ثمانية أشياء تعدل الامة الموهوبة فلورثة الواهب الاول ثلاثة أرباعها ستة ولورثة الثاني ربعها شيان وإن شئت قلت المسئلة من ثلاثة لان الهبة صحت في ثلث المال وهبة الثاني صحت في ثلث الثلث فتكون من ثلاثة اضربها في أصل المسئلة تكن تسعة أسقط السهم الذي صحت فيه الهبة الثانية لاتا لو رددناه على الاول لوجب رده على جميع السهام الباقية إذ يلزم من زيادة الباقي الواهب الاول زيادة الجزء الذي صحت فيه الهبة الاولى فيسقط كما يسقط الباقي في مسألة الرد إذ العلة في إسقاطه ثم أتانا لو رددناه لرددناه على جميع السهام بالسوية فاذا أسقطنا ذكره عاد على جميع السهام كذا نحن هنا اذا أسقطنا هذا السهم بقيت المسئلة من ثمانية كما ذكرنا

واحتجا بما روى يحيى بن سعيد عن عبد الرحمن بن القاسم قال : سمعت مسحولا يسأل القاسم بن محمد عن العمري ما يقول الناس فيها ؟ فقال القاسم ما أدركت الناس إلا على شروطهم في أموالهم وما أعطوا ، وقال إبراهيم بن اسحاق الحربي عن ابن الاعرابي لم يختلف العرب في العمري والرقي والافتقار والاخبال والمنحة والعربة والغارية والسكنى والاطراق أنها على ملك أربابها ومنافعها لمن جعلت له ولأن التملك لا ينافى كماله لو باعه الى مدة فاذا كان لا ينافى حمل قوله على تملك المنافع لانه يصح توقيته

ولنا ما روى جابر قال : قال النبي ﷺ : أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها فإنه من أمر

(فصول في هبة المريض)

رجل وهب أخاه مائة لا يملك غيرها فقبضها ثم مات وخلف بنتاً فقد صحت الهبة في شيء والباقى للواهب ورجع اليه بالميراث نصف الشيء الذي جازت الهبة فيه صار معه مائة الا نصف شيء يبدل شيئين قال شيء خمسا ذلك رجع الى الواهب نصفها عشرون صار معه ثمانون وبقي لورثة الموهوب له عشرون وطريقها بالبالب ان يأخذ عدداً لثلثه نصف وهو ستة فيأخذ ثلثه اثنين ويلقى نصفه سهماً يبقى سهم فهو للموهوب له ويبقى للواهب أربعة فتقسم المائة بينهما على خمسة والسهم الذي أسقطته لا يذكر لانه يرجع على جميع السهام الباقية بالتسوية فيجب اطراحه كالسهم انفاضة عن الفروض في مسألة الرد ولو ترك ابنتين ضربت ثلاثة في ثلاثة صارت تسعة وأسقطت منها سهماً يبقى سهمان فهي التي تبقى لورثة الموهوب له وتبقى ستة للواهب وهي مثلاً ما جازت الهبة فيه وان خلف امرأة وبنتاً فسثلتها من ثمانية فضرها في ثلاثة تكن أربعة وعشرين يسقط منها الثلاثة التي ورثها الواهب يبقى أحد وعشرون فهي المال ويأخذ تلك الأربعة والعشرين وهي ثمانية يلقي منها الثلاثة يبقى خمسة في الباقية لورثة الموهوب له والباقي للواهب فتقسم المائة على هذه السهام

(فصل) وان وهب رجلاً جارية فقبضها الموهوب له ووطئها ومهرها تلك قيمتها ثم مات الواهب ولا شيء له سواها وقيمتها ثلاثون ومهرها عشرة فقد صحت الهبة في شيء وسقط عنه من مهرها تلك شيء وبقي للواهب أربعون الا شيئاً وثلثاً يعدل شيئين أجبر وقائل يخرج الشيء خمس ذلك وعشرة وهو اثنا عشر وذلك خمسا الجارية فقد صحت الهبة فيه ويبقى للوارث ثلاثة أخماسها وله على الموهوب له ثلاثة أخماس مهرها وهو ستة ولو كان الواطئ أجنبياً فكذلك ويكون عليه مهرها ثلاثة أخماس للواهب وخمساء للموهوب له الا أن تعود الهبة فيما زاد على الثلث منها موقوف على حصول المهر من الواطئ فان لم يحصل منه شيء لم تزد الهبة على ثلثها وكلا حصل من شيء فقدت الهبة في الزيادة بقدر

عمري فمعي لذي أمرها حيا وميتا ولعقبه » رواه مسلم . وفي لفظ قضي رسول الله ﷺ بالعمرى لمن وهبت له » متفق عليه . وروى ابن ماجه عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ « لا رقي فمن أرقب شيئا فهو له حياته وموته » وعن زيد بن ثابت أن النبي ﷺ جعل العمرى لأوارث وقد روى مالك حديث العمرى في موطنه وهو صحيح رواه جابر وابن عمر وابن عباس ومعاوية وزيد بن ثابت وأبو هريرة وقول القاسم لا يقبل في مخالفة من سمينا من الصحابة والتابعين فكيف يقبل في مخالفة قول سيد المرسلين ولا يصح أن يدعي اجماع أهل المدينة لكثرة من قال بها منهم وقضى بها طارق بالمدينة بامر عبد الملك بن مروان وقول ابن الأعرابي أنها عند العرب تمايك المنافع لا يضر

ثلاثة فإن وطئها الواهب فعلها من عقرها بقدر ما جازت الهبة فيه وهو ثلث شيء يبقى معه ثلاثون إلا شيئا وثلثا يعدل شيئين فالشيء تسعة وهو خمس الجارية وعشرها وسبعة أعشارها لورثة الواطيء وعليه عقر الذي جازت الهبة فيه ثلاثة فإن أخذ من الجارية بقدرها صار له خمسها

(فصل) وان وهب مريض عبداً لا يملك غيره فقتل العبد الواهب قيل للموهوب له اما أن تقديه واما أن تسلمه فإن اختار تسليمه سلمه كله نصفه بالجناية ونصفه لا تنقص الهبة وذلك لان العبد كله قد صار الى ورثة الواهب وهو مثلا نصفه فتيين ان الهبة جازت في نصفه فإن اختار فداء ففيه روايتان احدهما يفديه باقل الامرين من قيمة نصيبه فيه اوراش جنايته والاخرى يفديه بقدر ذلك من ارش جنايته بالغة ما بلغت فإن كانت قيمته دية فانك تقول صحت الهبة في شيء ويدفع اليهم نصف العبد وقيمة نصفه وذلك يعدل شيئين فتيين ان التي نصف العبد وان كانت قيمته ديتين واختار دفعه فإن الهبة تجوز في شيء ويدفع اليهم نصفه يبقى معهم عبد الا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء خمسمائة ويرد اليهم ثلاثة اخماسه لا تنقص الهبة وخمسا من اجل جنايته فيصير لهم اربعة اخماسه وذلك مثلا ما جازت الهبة فيه وان اختار فداءه فداء بخمسي الدية او اقل وقلنا يفديه بأرش جنايته نفدت الهبة في جميعه لان ارشها أكثر من مثلي قيمته وان كانت قيمته ثلاثة اخماس الدية فاختار فداءه بالدية فقد صحت الهبة في شيء ويفديه بشيء وثلثين فصار مع الورثة عبد وثلثا شيء يعدل شيئين فالشيء يعدل ثلاثة ارباع فصح الهبة في ثلاثة ارباع العبد ويرجع الى الواهب ربعة مائة وخمسون وثلثة ارباع الدية سبعمائة وخمسون صار الجميع تسعمائة وهو مثلا ما صحت الهبة فيه فإن ترك الواهب مائة دينار فاضمها الى قيمة العبد فإن دفع العبد دفع ثلثه وربعه وذلك قدر نصف جميع المال بالجناية وباقيه لا تنقص الهبة فيصير للورثة العبد والمائة وذلك ما جازت الهبة فيه وان اختار الفداء فقد علمت انه يفدي ثلاثة ارباعه اذا لم يترك شيئا فزد على ذلك ثلاثة ارباع المائة يصير ذلك سبعة أثمان العبد يفديه سبعة أثمان الدية

(فصل) في إعتاق المريض : مريض أعرق عبداً لا مال سواء قيمته مائة فقطع أصبع سيده خطأ فإنه يمتق لنصفه وعليه نصف قيمته ويصير للسيد نصفه ونصف قيمته وذلك مثلا ماعتق منه وأوجبنا

إذا قلها الشرع الى تملك الرقة كما نقل الصلاة من الدعاء الى الافعال المنظومة ، وتقل الظهار والايلاء من الطلاق الى أحكام مخصوصة قولهم ان التملك لا يتأقت قلنا فلذلك أبطل الشرع تأقيتها وجعلها تملكاً مطلقاً

(فصل) إذا شرط في العمة أنها للعمر وعقب فهذا تأكيدها لتكون للعمر وورثته وهذا قول جميع القائلين بها وإذا أطلقها فهي للعمر وورثته أيضاً لأنها تملك الرقة فأشبهت الهبة فان شرط انك اذا ماتت فهي لي فمن احدى روايتان (إحداهما) صحة العقد والشرط متى مات للعمر رجعت الى المورث وقال القاسم بن محمد وزيد بن قيسط والزهرري ومالك وأبو سلمة بن عبد الرحمن وابن أبي ذئب ومالك وإبي ثور ودارود هو أحد

نصف قيمته عليه لان عليه من ارش جنايته بقدر ما عتق منه وحسابها أن تقول عتق منه شيء وعليه شيء لا سيد فصار مع السيد عبد إلا شيئاً وشيء يعدل شيئاً فأسقط بشيء بقي ماله من العبد يعدل شيئاً مثل ما عتق منه ، وإن كانت قيمة العبد مائتين عتق خمسه لانه يعتق منه شيء وعليه نصف شيء لا سيد فصار لا سيد نصف شيء وبقي العبد تعدل شيئاً فتكون بقية العبد تعدل شيئاً ونصفاً وهو ثلاثة أخماسه والشيء الذي عتق خمسه ، وإن كانت قيمته خمسين أو أقل عتق كله لانه يلزمه مائة وهي مثله أو أكثر ، وإن كانت قيمته شيئاً قلنا عتق منه شيء وعليه شيء وثلاثاً شيء لا سيد مع بقية العبد تعدل شيئاً بقية العبد إذا ثلث شيء فيعتق منه ثلاثة أرباعه وعلى هذا القياس إلا ان ما زاد من العتق على الثلث ينبغي أن يقف على أداء ما يقابله من القيمة كما اذا ما دبر عبداً وله دين في ذمة غريم له فكلما اقضى من القيمة شيئاً عتق من الموقوف بقدر ثلثه

(فصل) فان أعتق عبيد دفعة واحدة قيمة أحدهما مائة والاخر مائة وخمسون فجنى الادنى على الارفع جناية نقصته ثلث قيمته وأرشها كذلك في جناية السيد ثم مات أقرعنا بين العبدین فان وقعت على الجاني عتق منه أربعة أخماسه وعليه من أرش الجناية مثل ذلك وبقي لورثة سيده خمسه وأرش جنايته والعبد الآخر وذلك مائة وستون وهو مثلاً ما عتق منه وحسابها أن تقول عتق منه شيء وعليه نصف شيء لان جنايته بقدر نصف قيمته بقي لا سيد نصف شيء وبقي العبد تعدل شيئاً فعلت ان بقية العبد تعدل شيئاً ونصفاً فاذا أضفت الى ذلك الشيء الذي عتق صاراً جميعاً يعدل شيئاً ونصفاً ، قال شيء الكامل خمسها وذلك أربعة أخماس أحدها ، وإن وقعت قرعة الحرية على المجني عليه عتق ثلثه وله ثلث ارش جنايته يتعلق برقة الجاني وذلك تسم الدية لاز الجناية على من ثلثه حر تضمن بقدر مافيه من الحرية والرق ، والواجب من الارش يستغرق قيمة الجاني فيستحقه بها ولا يبقى لسيده مال سواء فيعتق ثلثه ويرق ثلثه فان أعتق عبيد قيمة أحدهما خمسون والاخر قيمته ثلاثون فجنى الادنى على الارفع فنقصه حتى صارت قيمته أربعين أقرعنا بينهما فان خرجت القرعة للادنى عتق منه شيء وعليه ثلث شيء فبعد الجبر تبين أن العبدین شيئان وثلثان قال شيء ثلاثة أمانهما وقيمتها

قولي الشافعي لما روى جابر قال : إنما العمرة التي أجاز رسول الله ﷺ أن يقول هي لك ولعقبك ، فأما إذا قال هي لك ما عشت فإنها ترجع إلى صاحبها . متفق عليه . وروى مالك في موطنه عن جابر أن رسول الله ﷺ قال « أيما رجل أعرى له ولعقبه فإنها لذي أعطيها لا ترجع إلى الذي أعطاه » لأنه أعطى عطاء ، وقعت فيه الموارث . وقال القاسم بن محمد ما أدركت الناس إلا على شروطهم في أموالهم (والرواية الثانية) أنها تكون للمعمر ولورثته . ويسقط الشرط وهذا قول الشافعي الجديد وقول أبي حنيفة وهو ظاهر المذهب نص عليه أحمد في رواية أبي طالب الأحاديث المطلقة التي

سبعون فثلاثة أثمانها ستة وعشرون وربع وهي من الادي نصفه وربعه وثمانه ، وإن وقعت على الآخر عتق ثلثه وحقه من الجنابة أكثر من قيمة الجاني فيأخذ بها أو يفديه العتق وقد ثبتت فروع كثيرة وفيما ذكرنا ما يستدل به على غيره إن شاء الله تعالى وكل موضع زاد العتق على ثلث العبد من أجل وجوب الارش للسيد تكون الزيادة موقوفة على أداء الارش كذا ذكرنا من قبل والله أعلم

(مسألة) (وإن باع مريض قفيزاً لا يملك غيره يساري ثلاثين بقفيز يساري عشرة

وهما جنس واحد فيحتاج إلى تصحيح البيع في جزء منه مع التخلص من الزبا لكونه يحرم التفاضل بينهما فالطريق في ذلك أن يسقط قيمة الردي من قيمة الجيد ثم ينسب الثلث إلى ما بقي وهو عشرة من عشرين وذلك نصفها فيصنع البيع في نصف الجيد بنصف الردي . ويبطل فيما بقي (وطريق الجبر أن تقول يصح البيع في شيء من الارتفاع بشيء من الادي وقيمه ثلث شيء فتكون المحاباة بثلثي شيء ألقها من الارتفاع يبق قفيز الا ثلثي شيء يعدل مثلي المحاباة وذلك شيء وثالث فإذا جبر به عدل شيئين والشئ نصف القفيز فإن كانت قيمة الادي خمسة عشر فإذا أسقطت قيمة الردي من قيمة الجيد يبقى خمسة عشر إذا نسبت اليهما الثلث يكن ثلثها فيصنع البيع في ثلثي الجيد بثلثي الردي ، فحصلت المحاباة بعشرة وذلك ثلث المال . فإن كان الادي يساري عشرين صحت في جميع الجيد بجميع الردي .

(مسألة) (وإن أصدق امرأة عشرة في مرضه لا مال له غيرها)

وصداق مثلها خمسة ثم ماتت قبله ومات بعدها ولا مال لها سوى ما أصدقها أدخلها الدور فنقول لها خمسة بالصداق وشيء بالمحابة ويبقى لورثة الزوج خمسة الاشياء ورجع اليهم بموتها نصف ذلك وهو اثنان ونصف ونصف شيء صار لهم سبعة ونصف الانصف شيء يعدل شيئين أجبرها بنصف شيء وقابل فزد على الشيئين نصف شيء يبقى سبعة ونصف تعدل شيئين ونصفاً فالشيء ثلاثة فلورثته ستة ولورثتها أربعة لأنها كان لها خمسة وشيء وذلك ثمانية رجع إلى ورثته نصفها وهي أربعة صار لهم ستة ولورثتها أربعة على ما ذكرنا فإن ترك الزوج خمسة أخرى قلت يبقى مع ورثة الزوج اثنا عشر ونصف الا نصف شيء تعدل شيئين فالشيء خمسة فجازت لها المحابة جميعها ورجع جميع ما حاباها إلى ورثة

ذكرناها وقول رسول الله ﷺ « لا رقبي فمن أرقب شيئاً فهو له في حياته وموته » وقال مجاهد الرقبي أن يقول هي للآخر مني ومنك موتاً

وروى الامام أحمد بإسناده عن النبي ﷺ انه قال « لا عمرى ولا رقبي فمن أعر شيئاً أو أرقبه فهو له حياته وموته » وهذا صريح في إبطال الشرط لان الرقبي يشترط فيها عودها الى المرقب ان مات الآخر قبله . وأما حديثهم الذي احتجوا به فنقول جابر نفسه وأما نقل لفظ النبي ﷺ قال « أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها فانه من أعر عمرى فهي الذي أعرها حياً وميتاً ولعقبه » ولا نألو أجرنا هذا الشرط كانت هبة مؤقنة والهبة لا يجوز فيها التأقنت ولم يفسدها الشرط لانه

الزوج وبقي لورثتها صدق مثلها فان كان المرأة خمسة ولم يكن للزوج شيء قلت يبقى مع ورثة الزوج عشرة إلا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء أربعة فيكون لها بالصدق تسعة مع خمستها أربعة عشر رجع إلى ورثة الزوج نصفها مع الدينار الذي بقي لهم صار لهم ثمانية ولورثتها سبعة ، وان كان عليها دين ثلاثة قلت يبقى مع ورثة الزوج ستة إلا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء ديناران وخمسان والباب في هذا أن ينظر ما يبقى في يد ورثة الزوج فخمسة هو الشيء الذي صحت الحباة فيه وذلك لانه بعد الجبر يعدل شيئين ونصفاً ، والشيء هو خمسها ، وان شئت أسقطت خمسة وأخذت نصف ما بقي

(مسألة) (وان مات قبلها ورثته ومقطت الحباة)

لان حكمها في المرض حكم الوصية في أنها لا تصح لو ارث وعنه تعتبر الحباة من الثلث لانها محباة لمن تجوز له الصدقة عليه فاعتبرت من الثلث كحباة الاجنبي الا أن أبا بكر قال هذا قول قدم رجع عنه (فصل) قال الشيخ رضي الله عنه ولو ملك ابن عمه فأقر في مرضه انه أعنته في صحته وهو وارثه غنق ولم يرث ذكره ابو الخطاب لانه لو ورثه كان إقراره لو ارث فيبطل غنقه لانه مرتب على صحة الإقرار ولا يصح الإقرار لو ارث واذا بطل غنقه سقط الارث فعلى هذا تثبت الحرية ولا يرث لان توريثه يفضي إلى إسقاط توريثه ويحتمل أن يرث لانه حين الإقرار لم يكن وارثاً فوجب أن يرث كما لو لم يصر وارثاً وعلى قياس ذلك لو اشترى دار حمه المحرم في مرضه وهو وارثه أو وصى له به أو وهب له قبله في مرضه فالحكم في ذلك كالمسئلة قبلها سواء لما ذكرنا وذكر شيخنا أنه إذا ملكه بغير عوض كالمبة والميراث انه يعتق ويرث المريض إذا مات وبه قال مالك وأكثر أصحاب الشافعي وقال بعضهم يعتق ولا يرث كما قال ابو الخطاب لان غنقه وصية فلا تجتمع مع الميراث وهذا لا يصح لانه لو كان وصية لاعتبر من الثلث كما لو اشتراه وجعل أهل العراق غنق الموهوب وصية يعتبر خروجه من الثلث ، وان خرج من الثلث ، تنق وورث ، وان لم يخرج من الثلث سعى في قيمة باقيه ولم يرث في قول أبي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يحسب بقيته من ميراثه فان فضل من قيمته شيء سعى فيه

ليس بشرط على المعمر وإنما شرط ذلك على ورثته ومتى لم يكن الشرط مع المفقود معه لم يؤثر فيه وأما قوله في الحديث الآخر أنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث فهذه الزيادة من كلام أبي سعدة بن عبد الرحمن كذلك رواه ابن أبي ذئب وفصل هذه الزيادة فقال عن النبي ﷺ أنه قضى فيمن أهرى هري له ولعقبه فهي له بئله لا يجوز للمعطي فيها شرط ولا مشنوبة . قال أبو سعدة لأنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث

(فصل) والرقي هي أن يقول هذا لك عمرك فإن مت قبلي رجع إلي وإن مت قبلك فهو لك ومعناه هي لا خرنأ موتا وكذلك فسرهما مجاهد سميت رقي لأن كل واحد منهما يزقب موت صاحبه ، وقد

ولنا أن الوصية هي التبرع بعطية أو اتلاف أو السبب إلى ذلك ولم يوجد واحدا منهما لأن العتق ليس من فعله ولا يقف على اختياره ، وقبول الهبة ليس بعطية ولا اتلاف لئلا هو تحصيل لشيء يتلف بتحصيله فأشبه قبوله لشيء لا يمكنه حفظه أو لما يتلف ببقائه في وقت لا يمكنه التصرف فيه وفارق الشراء فإنه تضيق لئله في ثمنه قال القاضي هذا المذكور قياس قول أحد لأنه قال في مواضع إذا وقف في مرضه على ورثته صح ولم تكن وصية لأن الوقف ليس بمال لأنه لا يباع ولا يورث قال الخبري هذا قول أحد وابن الماجشون وأهل البصرة ولم يذكر فيه عن أحد خلافه فاما أن اشتري من يعتق عليه فقال القاضي إن حمله الثلث عتق وورثه وهذا قول مالك وأبي حنيفة ، وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث ويرث بقدر مائيه من الحرية وباقيه على الرق فإن كان الوارث ممن يعتق عليه إذا ملكه عتق عليه إذا ورثه ، وقال أبو يوسف ومحمد لا وصية لوارث ويحتسب بقيته من ميراثه وإن فضل من قيمته شيء سعي فيه ، وقال بعض أصحاب مالك يعتق من رأس المال ويرث كلوه وب والموروث وهو قياس قول أحد لكونه لم يجعل الوقف وصية واجازة لوارث فهذا أولى لأن العبد لا يملك رقبته فيجعل ذلك وصية له ولا يجوز أن يجعل الثمن وصية له لأنه لم يصل إليه ولا وصية للبائع لأنه قد عاوض عنه وإنما هو كبناء مسجد وقنطرة في أنه ليس بوصية لمن ينتفع به فلا يمنع ذلك الميراث واختلاف أصحاب الشافعي في قياس قوله فقال بعضهم إذا حمله الثلث عتق وورث لأن عتقه ليس بوصية له على ما ذكرنا ، وقيل يعتق ولا يرث لأنه لو ورث لصارت وصية لوارثه فتبطل وصيته ويبطل عتقه وورثه فيفضي توريثه إلى إبطال توريثه فكان إبطال توريثه أولى ، وقيل على مذهبه شراؤه باطل لأن ثمنه وصية والوصية بقف خروجها من الثلث أو اجازة الورثة ، والبيم عنده لا يجوز أن يكون موقوفا ، ومن مسائل ذلك مريض وهب له ابنه قبله بقيته مائة وخلف مائتي درهم وابنا آخر فإنه يعتق وله مائة ولاخيه مائة وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي ، وقيل على قول الشافعي لا يرث والمثنان كلها للابن الآخر ، وقال أبو يوسف ومحمد يرث نصف نفسه ونصف المائتين ويحتسب بقيمة نصفه الباقي من ميراثه ، وإن كانت قيمته مائتين وبقية التركة مائة عتق من رأس المال والمائة

روى عن أحمد أنه قال : هي أن يقول هي لك حياتك فإذا مات فعلى فلان أو هي راجعة إلى الحاكم فيها على ما تقدم ذكره وأنها كالعمرى إذا شرط عودها إلى المعمر ، وقال على رضي الله عنه العمرى والرقبي سواء . وقال طاوس من أرقب شيئا فهو على سبيل الميراث ، وقال الزهري الرقبي وصية يعني أن معناها إذا مات فهذا لك ، وقال الحسن ومالك وأبو حنيفة الرقبي باطلة لما روي أن النبي ﷺ أجاز العمرى وأبطل الرقبي ولأن معناها أنها للأخر منا وهذا يملك معلق بخطر ، ولا يجوز تعليق التملك بالخطر

بينه وبين أخيه وهذا قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة يعتق منه نصفه لأنه قدر ثلث التركة ويسعى في قيمة باقية ولا يرث لأن المستسمى عنده كالعبد لا يرث إلا في أربعة مواضع الرجل يعتق أمته على أن تزوجه ، والمرأة تعتق عبدا على أن يتزوجها فيأين ذلك ، والعبد الموهون يعتقه سيده والمشتري للعبد نصفه قبل قبضه وهما معسران ففي هذه المواضع يسعى كل واحد في قيمته وهو حر يرث وقال أبو يوسف ومحمد يرث نصف التركة وذلك ثلاثة أرباع رقبته ويسعى في ربع قيمته لأخيه فإن وهب له ثلاث أخوات متفرقات لا مال لهن ولا وارث عتقن من رأس المال وهذا قول مالك وإن كان اشتراهن فكذلك فيأذره الخبري عن أحمد وهو قول ابن الماجشون وأهل البصرة وبعض أصحاب مالك وعلى قول القاضي يعتق ثلثهن في أحد الوجهين وهو قول مالك وفي الآخر يعتقن كلهن لكون وصية من لا وارث له جائزة في جميع ماله في أصح الروايتين ، وإن ترك مالا يخرج من ثلثه عتقن وورثن ، وقال أبو حنيفة إذا اشتراهن أو وهبن له ولا مال لهن ولا وارث عتقن وتسعى كل واحدة من الأخت للاب والأخت من الأم في نصف قيمتها للأخت للابوين وأما ما لا يرثا لهما لو ورثا لكان لهما خمس وذلك رقة وخمس بينهما نصفين فكان يبقى عليهما سعاية وإذا بقيت عليهما سعاية لم يرثا وكانت لهما الوصية وهي رقة بينهما نصفين وأما الأخت للابوين فإذا ورثت عتقت لأن لهما ثلاثة أخماس الرقاب وذلك أكثر من قيمتها فورثت وبطلت وصيتها وقال أبو يوسف ومحمد يعتقن وتسعى كل واحدة من الأخت للاب والأخت للأم والأخت من الابوين في خمسي قيمتها لأن كل واحدة ترث ثلاثة أخماس رقة وعلى قول الشافعي لا يعتقن

(فصل) وإذا اشترى المريض أباه بالف لا مال له سواء ثم مات وخلف ابناً فعلى القول الذي حكاه الخبري يعتق كله على المريض وله ولاؤه وعلى قول القاضي يعتق ثلثه بالوصية ويعتق الباقي على الابن لأنه جده ويكون ثلث ولائه للمشتري وثلثاه لابنه ، وهذا قول مالك وقيل هو مذهب للشافعي ، وقال أبو حنيفة يعتق ثلثه بالوصية ويسعى للابن في قيمة ثلثيه وقال أبو يوسف ومحمد يعتق سدسه لأنه ورثه ويسعى في خمسة أسداس قيمته للابن ولا وصية له وقيل على قول الشافعي يفسخ البيع إلا أن يحجز الابن عتقه وقيل يفسخ في ثلثيه ويعتق ثلثه وللبائنه الخيار لتفريق الصفقة عليه وقبل لا خيار له لأنه متلف فان ترك الفين سواء عتق كله وورث سدس الالفين والباقي للابن ، وهذا قال مالك

ولنا ما روينا من الاخبار ، وحديثهم لانعرفه ولا نسلم أن معناه ما ذكره بل معناها أنها لك حياتك فان مت رجعت إلي فتكون كالعمري سواء إلا أنه زاد شرطها لورثة المرقب ، ان مات المرقب قبله وهذا بين تأكيدها على العمري

(فصل) ونصح العمري في غير العقار من الحيوان والثياب لأنها نوع هبة فصحت في ذلك كسائر الهبات ، وقد روي عن أحمد في الرجل يعمر الجارية فلا أرى له وطأها قال القاضي لم يتوقف أحمد عن وطء الجارية لعدم الملك فيها لكن على طريق الورع لان الوطء استباحة فرج ، وقد اختلف في صحة العمري وجعلها بعضهم عليك المنافع فلم ير له وطأها لهذا ولو وطئها كان جائزاً

وأبو حنيفة وقيل نحوه قول الشافعي وقيل على قوله يعتق ولا يرث وقيل شراؤه مفسوخ وقال أبو يوسف ومحمد يرث الاب سدس التركة وخمسائة يحتسب بها من رقبته ويسمى في نصف قيمته ولا وصية له فان اشترى ابنه بألف لا يملك غيره ومات وخلف أباه عتق كله بالشراء في الوجه الاول وفي الثاني يعتق ثلثه بالوصية وثلثاه على جده عند الموت ولأول بينهما أثلاثا ، وبهذا قال مالك وقول الشافعي فيه على ما ذكرنا في مسألة الاب ، وقال أبو حنيفة يعتق ثلثه بالوصية ويسمى في قيمة ثلثيه للاب ولا يرث ، وقال أبو يوسف ومحمد يرث خمسة أسداسه ويسمى في قيمة سدسه فان ترك الفين سواء عتق كله وورث خمسة أسداس الالفين والاب السدس ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد للاب سدس التركة وخمسائة وباقيها للابن يعتق منها ويأخذ الباقي وخمسائة وان خرج مالا يخرج المبيع من ثلثه فعلى الوجه الاول يعتق كله ويرث منه كأنه حر الأصل على الوجه الثاني يعتق منه بقدر ثلث التركة ويرث بقدر ما فيه من الحرية فان لم يخلف المشتري الا اخاه ولم يترك مالا عتق من رأس المال على الوجه الاول ويعتق ثلثه على الثاني ويرث الاخ ثلثيه ثم يعتق عليه وقال أبو حنيفة يعتق ثلثه ويسمى لعمه في قيمة ثلثيه وقال أبو يوسف ومحمد يعتق كله ولا سعاية وان خلف الفين سواء عتق وورث الالفين ولا شيء للاخ في الأقوال الا فيها قيل على قول الشافعي انه يعتق ولا يرث وقيل شراؤه باطل فان اشترى ابنه بألف لا يملك غيره وقيمه ثلثا الالف وخلف ابنا آخر فعلى الوجه الاول يعتق من رأس المال ويستقر ملك البائع على قدر قيمته من الثمن وله ثلث الباقي لان المشتري حابه ولم يبق من التركة سواء فيكون له ثلثه وهو أسع الف ويرد التسعين فتكون بين الاثنين ، وعلى الوجه الثاني يعتق ثلثه ويرث اخوه ثلثيه ويعتق عليه وللبائع ثلث الحباية ويرد ثلثها فيكون ميراثا ، وقال أبو حنيفة الثلث للبائع ويسمى المشتري في قيمته لآخيه وقال أبو يوسف ومحمد يسمى في نصف رقبته ويرث نصفها وقال الشافعي الحباية مقدمة لتقدمها ويرث الابن الحر اخاه فيملكه وقيل يفسخ البيع في ثلثيه ويعتق ثلثه ولا تقدم الحباية لان في تقديمها تقرير ملك الاب على ولده وقيل يفسخ البيع في جميعه فان كانت قيمته ثلاثة آلاف فعلى الوجه الاول يعتق من رأس المال وتنفذ

(فصل) وان وقت الهبة الى غير العمري والرقعي قتال وهبتك هذا لسنة أو الى أن يقدم الحاج أو الى أن يبايع ولدي أو مدة حياة فلان ونحو هذا لم يصح لأنها عليك الرقبة فلم تصح موقنة كالبيع وتفارق العمري والرقعي لان الانسان إنما يملك الشيء عمره فإذا ملكه عمره فقد وقت بما هو موقت به في الحقيقة فصار ذلك كالمطلق، وان شرط رجوعها اليه بعد ذلك كان شرطاً على غير الموهوب له بخلاف غيره

(مسألة) قال (وان قال سكنها لك عمرك كان له أخذها أي وقت أحب لان السكنى

ليست كالعمري والرقعي)

أما اذا قال سكنى هذه الدار لك عمرك أو سكنها عمرك أو نحو ذلك فليس ذلك بعهدة لازم لانه في التحقيق هبة المنافع، والمنافع إنما تستوفي بمضي الزمان شيئاً فشيئاً فلا تلزم الا في قدر ما قبضه

الحياة في ثلث اباقي وهو تسعا الالف ويرد البائع أربعة اتساع الالف فتكون بين الابنين وعلى الوجه الآخر يحتمل وجهين (أحدهما) يقدم العتق على الحياة فيعتق جميعه ويرد البائع ثلثي الالف فيكون بينهما (والثاني) يعتق ثلثه ويكون للبائع تسعا ألف ويرد أربعة اتساعها كما قلنا في الوجه الاول ، وقال أبو حنيفة للبائع بالحياة الثلث ويرد اثنتي عشرة الالف في قيمته لاختيه في قول أبي يوسف ومحمد يرده البائع ثلث الالف فيكون ذلك مع المشتري للابن الحر وقيل غير ذلك وان اشتراه بألف لا يملك غيره وقيمته ثلاثة آلاف فن أعتقه من رأس المال جعله حراً ومن جعل ذلك وصية أعتق ثلثه بالثراء ويعتق باقيه على أخيه إلا في قول الشافعي ومن وافقه فان الحر يملك بقية أخيه فيملك من رقبته قدر ثلثي الثمن وذلك تسعا رقبته لانه يجعل ثمنه من الثلث دون قيمته وقيل يفسخ البيع في ثلثيه وقيل في جميعه ، وقال أبو حنيفة يسعى لاختيه في قيمة ثلثيه وقال أبو يوسف ومحمد يسمى له في نصف قيمته فان ترك الفين سواء عتق كله لان التركة هي الثمن مع الابنين والثلث يخرج من الثلث فيعتق ويرث لصف الالفين وهو قول للشافعي وقيل يعتق ولا يرث وعند أبي حنيفة وأصحابه التركة قيمته مع الالفين وذلك خمسة آلاف فعلى قول أبي حنيفة يعتق منه قدر ثلث ذلك وهو ألف وثلثا ألف ويسمى لاختيه في ألف وثلث ألف وفي قول صاحبيه يعتق منه نصف ذلك وهو خمسة أسداسه ويسمى لاختيه في خمسائة والالفان لاختيه في قولهم جميعاً

(فصل) ولو اشترى المريض ابني عم له بألف لا يملك غيره وقيمة كل واحد منهما ألف فاعتق أحدهما ثم وهبه اخاه ثم مات وخلفهما وخلف مولا فان قياس قول القاضي ان شاء الله انه يعتق ثلثا المعتق الا ان يحجز المولى عتق جميعه ثم يرث بثلثيه ثلثي بقية التركة فيعتق منه ثمانية اتساعه يبقى تسعة وثلثا لاختيه للمولى ويحتمل ان يعتق كله ويرث اخاه فيعتقان جميعاً لانه يصير بالاعتاق وارثاً لثاني التركة

منها واستوفاه بالسكنى والمسكن الرجوع متى شاء وأيهما مات بطلت الإباحة وبهذا قال أكثر العلماء وجماعة أهل الفتوى منهم الشعبي والنخعي والثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي ، وروى معنى ذلك عن حفصة ، وقال الحسن وعطاء وقتادة هي كالعمري تكون له ولعقبه لأنها في معنى العمري فيثبت فيها مثل حكمها ، وحكي عن الشعبي أنه إذا قل هي لك أسكن حتى توت فهي له حياته وموته وإن قال دارمي هذه أسكنها حتى توت فإنها ترجع إلى صاحبها لأنه إذا قل هي لك فقد جعل له رقبته فتكون عمري فإذا قل أسكن دارمي هذه فلما جعل له نفها دون رقبته فتكون عارية ولنا أن هذا إباحة المنافع فلم يقع لازماً كالعارية وفارق العمري فإنها هبة للرقبة فلما إذا قال هذه

تتخذ إجازته في اعتاق باقيه فتكمل له الحرية ثم يكمل له الميراث وفي قياس قول أبي الخطاب يعتق ثلثه ولا يرث لأنه لو ورث لكان اعتاقه وصية له فيبطل اعتاقه ثم يبطل أربة فيؤدي توريثه إلى إبطال توريثه وهذا قول الشافعي ويبقى ثلثه وابن العم الآ خر المولى وقال أبو حنيفة يعتق ثلثا المعتق ويسعى في قيمة ثلثه ولا يرث ، وقال أبو يوسف ومحمد يعتق كله ويعتق عليه أخوه بالهبة ويكون أحق بالميراث من المولى فإن كان لليت مال سواهما أخذنا ذلك المال بالميراث وبغرم المعتق لآخيه الموهوب نصف قيمة نفسه ونصف قيمة أخيه لأن عتق الأول وصية ولا وصية لو ارث وقد صار وارثاً مع أخيه فورث نصف قيمة رقبته ونصف قيمة أخيه وورث أخوه الباقي وكان أخوه الموهوب له هبة من المريض له فيعتق بقرابته له ولم يعتق من المريض فلم يكن عتقه وصية بل استهلكها بالعتق الذي جرى فيها فيغرم الأول نصف قيمته ونصف قيمة أخيه لآخيه وأما قول أبي حنيفة فإن كان الميت لم يدع وارثاً غيرهما عتق وغرم الأول لآخيه نصف قيمة أخيه ولم يغرّم له نصف قيمة نفسه لأنه إذا لم يدع وارثاً جازت وصيته لأنها لا يرثان ولا يعتقان حتى تجوز وصية الأول لأنه متى بقيت عليه سعاية لم يرث واحد منهما ولم يعتق فلا بد من أن تنفذ للعتق وصية ليصير حراً فيعتق أخوه بعتقه وقد جازت له الوصية في جميع رقبته لأن الميت إذا لم يدع وارثاً جازت وصيته بجميع ماله ويرثان جميعاً ويرجع الثاني على الأول بنصف قيمته لأنه يقول قد صرت أنا وانت وارثين فلا تأخذ من الميراث شيئاً دوني وقد كانت رقبتي لك وصية فستقت من قبلك فاضن لي نصف رقبتي فإن كان معسراً أو هناك مال غيرها أخذ الثاني نصفه ثم أخذ من النصف الثاني نصف قيمة نفسه وكان ما بقي ميزاناً لآخيه الأول

(مسألة) (ولو اعتق أمته وتزوجها في مرضه فنقل المروذي عن أحمد أنها ترث اختاره القاضي ، وقال الشافعي لا ترث لأن توريثها يفضي إلى إبطال عتقها لأنه وصية وإبطال عتقها يبطل توريثها .

ولنا أن التقي في هذه الحال وصية بما لا يلحقه الفسخ فيجب تصحيحه للوارث كالغفو عن الممدني مرضه فانه لا يسقط ميراثه ولا يبطل الوصية

لك سكنها حتى تموت فإنه بمقتضى ذلك سكنها حتى تموت وتفسيرها بذلك دليل على أنه أراد السكنى فأشبهه ما لو قال هذه لك سكنها ، وإذا احتمل أن يريد به الرقبة واحتمل أن يريد السكنى فلا نزاع في ذلك بالأحتمال

(فصل) إذا وهب هبة فاسدة أو باع بيعا فاسدا ثم وهب تلك العين أو باعها بعقد صحيح مع

(مسئلة) (ولو أعتقها أو قيمتها مائة ثم تزوجها وأصدقها مائتين لآمال له سواهما ومهر مثلها ثم مات صحيح العتق ولم تستحق الصداق ثلاثا يفتى في بطلان عتقها ثم يبطل صداقها وقال القاضي تستحق المائتين وتعتق) لأن العتق وصية لها وهي غير وارثة والصداق استحقته بعقد المعاوضة وهي تنفذ من رأس المال فهو كما لو تزوج أجنبية وأصدقها المائتين وقال أصحاب الشافعي يسقط مهرها ولا تراث لكونها لا تخرج من الثلث وسقوط العتق في بعضها يبطل مهرها ويسقط نكاحها فأسقطنا المهر والميراث وأنفذنا العتق والنكاح قال شيخنا وهذا أولى من القول بصحة العتق والصداق جميعا لأنه يفتى في القول بصحة العتق في مرض الموت من جميع المال ولا خلاف في فساد ذلك ولو أصدق المائتين أجنبية صح وبطل العتق في ثلثي الأمانة لأن الخروج من الثلث معتبر بمحلة الموت وحالة الموت لم يبق له مال وهكذا لو تلفت المائتان قبل موته لم ينفذ من عتق الأمانة الثلث وإذا بطل بعض عتقها بذهاب المائتين إلى غيرها فأولى أن يبطل بذهابها إليها وبطلان عتقها يبطل نكاحها فاقول بسقوط المهر وحده أولى

(مسئلة) (وان تبرع بالثلث ثم اشترى أباه من الثلثين وله ابن فعلى قول من قال: ليس الشراء بوصية يعتق الأب وينفذ من التبرع قدر ثلث المال حال الموت وما بقي للاب سدسه وباقية للابن وعلى قول القاضي ومن جعله وصية لا يعتق الأب لأن تبرع المريض إنما ينفذ في الثلث ويقدم الأول فالأول وإذا قدم التبرع لم يبق من الثلث شيء ويرثه الابن فيعتق عليه ولا يرث لأنه إنما عتق بعد الموت وان وهب له أبوه عتق وورث لأن الهبة ليست بوصية وكذلك ان ورثه وان اشترى أباه ثم أعتقه لم يعتق على قول القاضي لأنه إذا لم يعتق بالملك وهو أقوى من الاعناق بالقول بدليل نفوذه في حق العصبي والمجنون فأولى أن لا ينفذ بالقول والله سبحانه وتعالى أعلم

فصول في تصرف المريض

(فصل) إذا عتق أمة لا يملك غيرها ثم تزوجها فالكناح صحيح في الظاهر فإذا مات ولم يملك شيئا آخر تبين أن نكاحها باطل ويسقط مهرها ان كان لم يدخل بها وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ويعتق منها ثلثها وبرق ثلثاها فان كان قد دخل بها ومهرها نصف قيمتها عتق منها ثلاثة أسباعا وبرق أربعة أسباعا وحساب ذلك أن تقول عتق منها شيء ولها صداقها نصف شيء ولورثة شيئين فيجمع

عليه بفساد الاول صح العقد الثاني لانه تصرف في ملكه علما بأنه ملكه ، وان كان يعتقد صحة العقد الاول ففي صحة الثاني وجهان (أحدهما) صحته لان تصرفه صادق ملكه وتم بشرطه فصح كما لو علم فساد الاول (والثاني) لا يصح لانه تصرف تصرفا يعتقد فساد ففسد كما لو صلى يعتقد أنه محدث فبان متطهراً وهكذا لو تصرف في عين يعتقد أنها لايه فبان أنه قد مات وملكها بالميراث

ذلك فيكون ثلاثة أشياء. ونصفا تبسطها فتكون سبعة لها منها ثلاثة ولم أربعة ولا شيء. فاحت سواها فتجعل لنفسها منها ثلاثة أسباعا يكون حراً وأبناقي لورثة وان أحب لورثة أن يدفعوا اليها حصتها من مهرها وهو سبعة. ويعتق منها سبعة وأبناقي خمسة أسباعا فلم ذلك وهذا مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة بحسب مهرها من قيمتها ولها ثلث الباقي ويسمي فيما بقي وهو ثلث قيمتها فان كان ملك مع الجارية قدر نصف قيمتها ولم يدخل بها عتق منها نصفها ورق نصفها لان نصفها هو ثلث المال وان دخل بها عتق منها ثلاثة أسباعا ولها ثلاثة أسباع مهرها وأما قل العتق فيها لانها لما أخذت ثلاثة أسباع مهرها نقص المال به فاعتق منها ثلث الباقي وهو ثلاثة أسباعا وطريق حسابها أن تقول عتق منها شيء. ولها مهرها نصف شيء. ولورثه شيان يعدل ذلك الجارية ونصف قيمتها قال شيء سبعة أسباعا ونصف قيمتها عتق منها وهو ثلاثة أسباعا فان كان ملك معها مثل قيمتها ولم يدخل بها عتق ثلثها ورق ثلثها ويطل نكاحها وان كان دخل بها عتق أربعة أسباعا ولها أربعة أسباع مهرها ويبقى لورثة ثلاثة أسباعا وخمسة أسباع قيمتها وهو يعدل مثلي ما عتق منها وحسابها أن تجعل السبعة الأشياء معادلة لها وقيمتها فاعتق منها بقدر سبعين الجميع وهو أربعة أسباعا وتصدق سبع الجميع مهرها وهو أربعة أسباع مهرها فان كان ملك معها مثلي قيمتها عتقت كلها وصح نكاحها لانها تخرج من الثلث أن أسقط مهرها وان أبت أن تسقط لم ينفذ عتقها ويطل نكاحها فان كان لم يدخل بها فيبغي أن يقضي بعقبتها ونكاحها ولا مهر لها لان إيجابه ينفذ إلى إسقاطه وإسقاط عتقها ونكاحها فإسقاطه وحده أولى وان كان دخل بها عملنا فيها على ما تقدم فاعتق ستة أسباعا ولها ستة أسباع مهرها ويطل عتق سبعة ونكاحها ولو أعتقها ولم يتزوجها ووطئها كان العمل فيها في هذه المواضع كـ لو تزوجها وهذا مذهب الشافعي وذكر القاضي في هذه المسئلة التي قبل الأخيرة ما يقتضي صحة نكاحها وعتقها مع وجوب مهرها فيما اذا عتق في مرضه أمة قيمتها مائة وأصدقها مائتين لا مال له سواهما وهو مهر مثلها وهو مذكور في هذا الباب وقال أبو حنيفة فيما اذا ترك مثلي قيمتها وكان مهرها نصف قيمتها تعطي مهرها وثلث الباقي بحسب ذلك من قيمتها وهو نصفها وثلثها فاعتق ذلك وتسعى في سدسها الباقي ويطل نكاحها فان خلف أربعة أمثال قيمتها صح عتقها ونكاحها وصدقها في قول الجميع لان ذلك يخرج من الثلث وترث من الباقي في قول أصحابنا وهو

أو غصب عينها فباعها يعتقدها مفسوبة فإن أنها ملكه فعلى الوجهين قال القاضي أصل الوجهين من باشر امرأة بطلاق يعتقدها أجنبية فبانت امرأته أو واجه بالعتق من يعتقدها حرة فبانت أمته ففي وقوع الطلاق والحرية روايتان وللشافعية في هذه المسائل وجهان كما حكينا والله أعلم

قول أبي حنيفة وقال الشافعي لا ترث وهو مقتضى قول الحرقي لأنها لو ورثت لكان عتقها وصية لوارث واعتبار الوصية بالموت

(فصل) ولو أن امرأة مريضة أعتقت عبداً قيمته عشرة ونزوها بشرة في ذمته ثم ماتت وخلفت مائة اقترض قول أصحابنا أن نضم العشرة التي في ذمته إلى المائة فيكون ذلك هو التركة وترث نصف ذلك ويبقى للورثة خمسة وخمسون وهذا مذهب أبي حنيفة وقال صاحباه يحسب عليه قيمته أيضاً ويضم إلى التركة ويبقى للورثة ستون وقال الشافعي لا ترث شيئاً وعليه أداء العشرة التي في ذمته لئلا يكون اعتاقه وصية لوارث وهذا مقتضى قول الحرقي إن شاء الله تعالى

(فصل) فأما إن أعتق أمته في صحته ثم تزوجها في مرضه صح وورثته بغير خلاف علمناه فأما إن أعتقها في مرضه ثم تزوجها وكانت تخرج من ثلثه عتقت وورثت في اختيار أصحابنا وقول أبي حنيفة ونقله المروذي عن أحمد كما لو كان عتقها في صحته وقال الشافعي لا ترث وقد ذكرناه



كتاب اللقطة

وهي المال الضائع من ربه يلتقطه غيره ، قال الخليل بن أحمد اللقطة بفتح القاف اسم للملتقط لأن ما جاء على فملة فهو اسم للفاعل كقولهم همزة ولمزة وضحكة وهمزة واللقطة بسكون القاف المال الملقوط مثل الضحكة الذي يضحك منه والمزة الذي يهزأ به ، وقال الأصمعي وابن الأعرابي والفراء هي بفتح القاف اسم للمال الملقوط أيضاً والاصل في القطة ماروي زيد بن خالد الجهني قال : مثل رسول الله ﷺ عن لقطة الذهب والورق فقال « اعرف وكاهار عفاصها ثم عرفها سنة فان لم تعرف فاستنقها وتكن وديعة عندك فان جاء طالبها يوماً من الدهر فادفعها اليه » وسأله عن ضالة الأبل فقال « مالك ولما دعها فان معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجمدها ربها » وسأله عن الشاة فقال « خذها فانها هي لك أو لأخيك أو للذئب » متفق عليه ، والوكاء الخيط الذي يشد به المال في الخرق والمغاص الوعاء الذي هي فيه من خرقه أو قرطاس أو غيره . قاله أبو عبيد والاصل في المغاص أنه الجلد الذي يلبسه رأس القارورة قوله « معها حذاءها » يعني خفيها فانه لقوته وصلابته يجري مجرى الحذاء وسقاؤها بطنها لانها تأخذ فيه ماء كثيراً فيبقى معها يمنحها العطش والضالة اسم للحيوان خاصة دون سائر القطة والجمع ضوال ويقال لها أيضاً الهوامي والهوامل

باب اللقطة

وهي المال الضائع من ربه يلتقطه غيره قال الخليل بن أحمد اللقطة بفتح القاف اسم للملتقط لأن ما جاء على فملة فهو اسم للفاعل كالصحلة والصرة ، واللقطة بسكون القاف المال الملقوط مثل الصحلة الذي يصحله منه والمزة الذي يهزأ به ، وقال الأصمعي وابن الأعرابي والفراء هي بفتح القاف اسم للمال الملقوط أيضاً والاصل فيها ماروي زيد بن خالد الجهني قال مثل رسول الله ﷺ عن لقطة الذهب والورق فقال « اعرف وكاهار عفاصها ثم عرفها سنة فان لم تعرف فاستنقها وتكن وديعة عندك فان جاء طالبها يوماً من الدهر فادفعها اليه » وسأله عن ضالة الأبل فقال « مالك ولما دعها فان معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجمدها ربها » وسأله عن الشاة فقال « خذها فانها هي لك أو لأخيك أو للذئب » متفق عليه الوكاء الخيط الذي يشد به المال في الخرق ، والمغاص الوعاء الذي هي فيه من خرقه أو قرطاس أو غيره ، قاله أبو عبيد والاصل في المغاص أنه الجلد الذي يلبسه رأس القارورة ، وقوله « معها حذاءها » يعني خفيها لانه لقوته وصلابته يجري مجرى الحذاء وسقاؤها بطنها تأخذ فيه ماء كثيراً فيبقى معها يمنحها العطش والضالة ، اسم للحيوان خاصة دون سائر القطة والجمع ضوال ويقال لها أيضاً الهوامي والهوامل .

(فصل) قال أماننا رحمه الله الأفضل ترك الالتقاط وروى معنى ذلك عن ابن عباس وابن عمر وبه قال جابر وابن زيد والربيع بن خيثم وعطاء ومن شريح بدرهم فلم يعرض له واختار أبو الخطاب إذا وجدها بمضيعة وأمن نفسه عليها فلا يفضل أخذها وهذا قول الشافعي وحكي عنه قول آخر أنه يجب أخذها لقول الله تعالى (والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض) فإذا كان وليه وجب عليه حفظ ماله ومن رأى أخذها سعيد بن المسيب والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأخذها أبي بن كعب وسويد بن غفلة وقال مالك إن كان شيئاً له بال يأخذه أحب إلي ويعرفه لأن فيه حفظ مال المسلم عليه فكان أولى من تضييعه وتخليصه من الفرق

ولنا قول ابن عمر وابن عباس ولا نعرف لهما تخالفاً في الصحابة ولأنه تعريض لنفسه لأكل الحرام وتضييع الواجب من تعريفها وأداء الأمانة فيها فكان تركه أولى وأسلم كولاية مال اليتيم وتحليل الخمر وما ذكره يطال بالضوابط فإنه لا يجوز أخذها مع ما ذكره وكذلك ولاية مال اليتام

(مسئلة) قال (ومن وجد لقعة عرفها سنة في الأسواق وأبواب المساجد)

وجعلته أن في التعريف ستة فصول في وجوبه وقدره وزمانه ومكانه وكيفية ومن يتولاه، أما وجوبه فإنه واجب على كل ملئقط سواء أراد تملكها أو حفظها لصاحبها، وقال الشافعي لا تجب على من أراد حفظها لصاحبها

(مسئلة) (وتنقسم ثلاثة أقسام) أحدها: ما لا تتبعه الهمة كالسوط والشم والريغ فيملكه بأخذه بلا تعريف

لما روى جابر قال رخص لنا رسول الله ﷺ في العصا والسوط والحبل وأشباهاه يلتقطه الرجل فينتفع به رواء أبو داود وكذلك النمرة والسكرية والخرقة وما لا خطر له يجوز الانتفاع به من غير تعريف لأن النبي ﷺ لم ينكر على واحد النمرة حيث أكلها بل قال له «لو لم نأكلها لانتك» ورأى النبي ﷺ تمره فقال «لولا أني أخشى أن تكون من الصدقة لأكلتها» ولا نعلم خلافاً بين أهل العلم في إباحة اليسير والانتفاع به روى ذلك عن عمر وعلي وابن عمر وعائشة وبه قال عطاء وجابر بن زيد وطاووس والنخعي ويحيى بن أبي كثير ومالك والشافعي وأصحاب الرأي

قال شيخنا وأيسر عن أحمد محمد بن اليسير الذي يباح، وروى عن أحمد أبو بكر بن صدقة إذا أخذ درهما عرفه سنة وقال في رواية عبد الله ما كان نحو النمرة والسكرية والخرقة وما لا خطر له فلا بأس، ونحو ذلك قول الشافعي وذكر القاضي ذلك في كتاب الخلاف ويحتمل أن لا يجب تعريف ما لا يقطع به السارق وهو ربع دينار عند مالك وعشرة دراهم عند أبي حنيفة لأن مادون ذلك فإنه لا يجب تعريفه كالسكرية والتمر بدليل قول عائشة رضي الله عنها كانوا لا يقطعون في الشيء

ولنا أن النبي ﷺ أمر به زيد بن خالد وأبي بن كعب ولم يفرق ، ولأن حفظها لصاحبها إنما يقيد بانصافها اليه وطريقه التعريف أما بقاؤها في يد الملتقط من غير وصولها الى صاحبها فهو وعلاقتها سيان ، ولأن امساكها من غير تعريف تضيق لها عن صاحبها فلم يجوز كردها الى موضعها أو القائها في غيره ، ولأنه لو لم يجب التعريف لما جاز الالتقاط لأن بقاها في مكانها إذا أقرب الى وصولها الى صاحبها إما بأن يطلبها في الموضع الذي ضاعت فيه فيجدها وإما بأن يجدها من يعرفها وأخذها يغترب الاخرين فيحرم فلما جاز الالتقاط وجب التعريف كيلا يحصل هذا الضرر ، ولأن التعريف واجب على من أراد تملكها فكذلك على من أراد حفظها فإن التملك غير واجب فلا تجب الوسيلة اليه فيلزم أن يكون الوجوب في المحل المتفق عليه لصيانتها عن الضياع عن صاحبها وهذا موجود في محل التزام

(الفصل الثاني) في قدر التعريف ، وذلك سنة روي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس وبه قال ابن المسيب والشعبي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي . وروي عن جرير رواية أخرى أنه يعرفها ثلاثة أشهر وعنه ثلاثة أعوام لأن أبي بن كعب روى أن رسول الله ﷺ أمره بتعريف مائة الدينار ثلاثة أعوام ، وقال أبو أيوب الهاشمي مادون الحسين درهما يعرفها ثلاثة أيام الى سبعة أيام ، وقال الحسن بن صالح مادون عشرة دراهم يعرفها ثلاثة أيام ، وقال الثوري في الدرهم يعرفه أربعة أيام ، وقال اسحاق مادون الدينار يعرفه جمعة أو نحوها . وروي أبو اسحاق الجوزجاني . بإسناده عن يعلى

الثقف وروي عن علي رضي الله عنه أنه وجد ديناراً فتعريف فيه ، وروي الجوزجاني عن سلمى بنت كعب قالت وجدت خاتماً من ذهب في طريق مكة فسأت عائشة عنه فقالت تمتعي به ، ورخص رسول الله ﷺ في الحبل في حديث جابر وقد تكون قيمته دراهم ، وعن سويد بن غفلة قال خرجت مع سلمان بن ربيعة وزيد بن صوحان حتى إذا كنا بالعذيب انقطعت سوطا فقال لي أله فأيت فلما قدما المدينة أتيت أبي بن كعب فذكرت ذلك له فقال أصبت قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وشافعية ثلاثة أوجه كالمذاهب الثلاثة

ولنا على إبطال تحديده بما ذكره عموم حديث زيد بن خالد في كل لقطة فيجب إيقاؤه على عمومه إلا ما خرج منه لدليل ولم يرد بما ذكره نص ولا هو في معنى ما ورد به النص ولأن التحديد لا يلم بالقياس وإنما يؤخذ من نص أو إجماع وليس فيما ذكره نص ولا إجماع فاما حديث علي فهو ضعيف رواه أبو داود وقال طرقها كلها مضطربة ثم هو مخالف لمذهبهم ولسائر المذاهب فتعين حمل على وجه من الوجوه غير القطة أما لسكونه مضطراً اليه أو غير ذلك وحديث عائشة قضية في عين لا يدري كم قدر الخاتم ؟ ثم هو قول صحابي وهم لا يرون ذلك حجة وسائر الأحاديث ليس فيها تقدير لكن يباح ما ذكره النبي ﷺ ورخص فيه من السوط والعصا والحبل وما قيمته كقيمة ذلك

(فصل) والآي مجز التقاطه والانتفاع به من غير تعريف كالسكرنة والتمر والعصا ونحو ذلك

ابن أمية قال : قال رسول الله ﷺ « من التقط درهما أو حبلا أو شاة ذلك فليعرفه ثلاثة أيام فإن كان فوق ذلك فليعرفه سبعة أيام »

ولنا حديث زيد بن خالد الصحيح فإن النبي ﷺ أمره بعام واحد ولأن السنة لا تأخر عنها القوافل ويضي فيها الزمان الذي تقصد فيه البلاد من الحر والبرد والاعتدال فصلحت قدرأ كدة أجل العين . وأما حديث أبي فقد قال الرازي لأدري ثلاثة أعوام أو عام واحد ، قال أبو داود شك الرازي في ذلك ، وحديث يعلى لم يقل به قائل على وجه وحديث زيد وأبي أصبح منه وأولى . إذا ثبت هذا فإنه يجب أن تكون هذه السنة نلي الالتقاط وتكون متوالية في نفسها لأن النبي ﷺ أمر بتعريفها حين سئل عنها الأمر بتعفي الفور ولأن التقصد بالتعريف وصول الخبر الى صاحبها ر ذلك يحصل بالتعريف عقيب ضياعها متوالي لان صاحبها في الغالب انها توقعها وطلبها عقيب ضياعها فيجب تخصيص التعريف به

(الفصل الثالث) في زمانه وهو النهار دون الليل لأن النهار يجمع الناس وللقام دون الليل ويكون ذلك في اليوم الذي وجدها ولا سيوم أكثر لأن الطالب فيه أكثر ولا يجب فيما بعد ذلك متواليا . وقد روى الجوزجاني بإسناده عن معاوية بن عبد الله عن زيد الجهنني قال نزلنا من مخ ركب فوجدت خرقه فيها قريب من مائة دينار فنجث بها إلى عمر فقال عرفها ثلاثة أيام على باب المسجد ثم أمسكها حتى قرن السنة ولا يقد من ركب إلا نشدتها وقلت القذهب بطريق الشام ثم شأنك بها

إذا التقطه انسان وانتم به موثق فلا ضمان فيه ذكره صاحب المتروعب وكذلك ما قبلته كقيمة ذلك لأن النبي ﷺ رخص فيه ولم يذكر عليه ضماناً ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة وكذلك يخرج في الوط والحبل وشبهه المذكور في حديث جابر وقدره الشيخ أبو الفرج بما ذون التقياط ولا يصح تحديده لما ذكرناه وذكر القاضي انه لا يجب تعريف الدائق

(القسم الثاني) (الضوال التي تمتنع من صغار السباع كالابل والبقر والحيل والبغال والظباء والطير والفهود ونحوها لا يجوز التقاطها)

كل حيوان يقوى على الامتناع من صغار السباع وورود لنا لا يجوز التقاطه سواء كان لكبر جثته كالابل والحيل او لطيرانه كالطيور كلها او لعدوه كالظباء او أنيابه كالكلاب والفهود قال عمر رضي الله عنه من أخذ الضالة فهو ضال أي مخطي . وهذا قال الشافعي وأبو عبيد ، وقال مالك والبيهقي في ضالة الابل من وجدها في الصحراء لا يقر بها ورواه المزني عن الشافعي . وكان زهرى يقول من وجد بدنة فليعرفها فإن لم يجد صاحبها فلينحرها قبل ان تنقضي الايام الثلاثة وقال أبو حنيفة يباح التقاطها لأنها النقطة اشبهت الغنم ولنا قول النبي ﷺ لما سئل عنها « مالك ولما دعاها فأنمها حذاءها وسقاها ترد لنا ونأكل كل الشجر حتى يجدها ربها وسئل ﷺ فقيل يا رسول الله انا نجد هراي الابل فقال « ضالة المسلم حرق النار » وعن جرير بن عبد الله انه امر بطرد بقرة لحقت بقره حتى توارت وقال سمعت رسول الله ﷺ يقول

(الفصل الرابع) في مكانه وهو الاسواق وأبواب المساجد والجوامع في الوقت الذي يجتمعون فيه كادبار الصلوات في المساجد وكذلك في مجامع الناس لأن المتصور داخلة ذكرها واظهارها يظهر عليها صاحبها فيجب تحريم مجامع الناس ولا ينشدها في المسجد لأن المسجد لم يبن لهذا ، وقد روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال « من سمع رجلا ينشد ضالة في المسجد فليقلل لاردها الله اليك فان المساجد لم يبن لهذا » وأمر عمر واجد القطة بتعريفها على باب المسجد

(الفصل الخامس فيمن يتولاه) ولا يلتقط أن يتولى ذلك بنفسه وله أن يستنيب فيه ، فان وجد متبرعا بذلك والا إن احتاج الى أجر فهو على الملتقط وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي واختار أبو الخطاب انه إن قصد الحفظ لصاحبها دون تملكها رجع بالاجر على مالكها ، وكذلك قال ابن عقيل فيما لا يملك بالتعريف لانه من مؤنة إيصالها الى صاحبها فكان على مالكها كاجر مخزنها ورعيها ونجفيتها ولنا ان هذا اجر واجب على المعرف فكان عليه كما لو قصد تملكها ولانه لو وليه بنفسه لم يكن له اجر على صاحبها فكذلك اذا استأجر عليه لا يلزم صاحبها شيء ولانه سبب للملكها فكان على الملتقط كما لو قصد تملكها ، وقال مالك إن أعطى منها شيئا لمن عرفها فلا غرم عليه كما لو دفع منها شيئا لمن جفنها ، وقد ذكرنا الدليل على ذلك

« لا يؤدى الضالة لاضال » رواه أبو ذؤاد بمعناه وقياسهم بعارض صريح النص وكيف يجوز ترك نص النبي ﷺ وصريح قوله بقياس نصه في موضع آخر ؟ على ان الابل تفارق الغنم اضعفها وقلة صبرها عن الماء والخوف عليها من الذئب

(فصل) فان كانت الصبيود مستوحشة اذا تركت رجعت الى الصحرا . وعجز عنها صاحبها جاز التقاطها لان تركها اضعف لها من سائر الاموال والمقصود حفظها لصاحبها لاحفظها في نفسها ولو كان المقصود حفظها في نفسها لما جاز التقاط الاثمان فان الدنيا ردينا رحيث كان

(فصل) والبقرة كالابل نص عليه احمد وهو قول الشافعي وابي عبيد وحكي عن مالك ان البقرة كالاشاة ولنا خبر جبرير فانه طرد البقرة ولم يأخذها ولانها تمتنع من صفار السباع ونجزيء في الاضحية عن سبعة فاشبهت الابل ، وكذلك الحكم في الخيل والبغال ، فاما الحر فجعلها اصحابنا من هذا القسم الذي لا يجوز التقاطه لكبر اجسامها فاشبهت الخيل والبغال ، قال شيخنا والاولى الحاقها بالاشاة لان النبي ﷺ علل الابل بان معها سقاء ما يريد شدة صبرها عن الماء لكثرة ما نوعي في بطونها منه وقوتها على وروده وفي اباحتها ضالة الغنم بانها معرضة لاخذ الذئب اياها بقوله « هي لك أو لاختيك أو للذئب » والحر مساوية لاشاة في علتها فانها لا تمتنع من الذئب وتنفارق الابل في علتها اكرهها لا صبر لها عن الماء ولهذا يضرب المثل بقلة صبرها عن الماء فيقال ما بقي من مدنه الاظفار والحق الشيء بما ساواه في علة الحكم ونارقه في الصورة اولى من الحاقه بما قاربه في الصورة وفارقه في العلة

(الفصل السادس) في كيفية التعريف وهو أن يذكر جنسها لا غير فيقول من ضاع منه ذهب أو فضة أو دنانير أو ثياب ونحو ذلك لقول عمر رضي الله عنه لو وجد الذهب بطريق الشام ولا تصفها لانه لو وصفها لعلم صفتها من يسمعا فلا تبقى صفتها دليلا على ملكها لمشاركة غير المالك المالك في ذلك ولانه لا يأمن أن يدعيها بعض من سمع صفتها ويذكر صفتها التي يجب دفعها بها فيأخذها وهو لا يملكها فتضيع على مالكها

(فصل) لم يفرق الحرقى بين بسير القطة وكثيرها وهو ظاهر المذهب إلا في اليسير الذي لا تتبعه النفس كالتمر والكسرة والحرقه ومالا خطر له فانه لا بأس بأخذه والانتفاع به من غير تعريف ، لأن النبي ﷺ لم ينكر على واحد التمرة حيث أكلها بل قال له « لو لم تأنها لأنتك » ورأى النبي ﷺ تمره فقال « لولا أني أخشى أن تكون من الصدقة لأكتتها » ولا نعلم خلافا بين أهل العلم في إباحة أخذ اليسير والانتفاع ، وقد روي ذلك عن عمر وعلي وابن عمر وعائشة وبه قال عطاء وجابر بن زيد وطاوس والنخعي ويحيى بن أبي كثير ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وإس عن أحمد وأكثر من ذكرنا تحديد اليسير الذي يباح ، وقال مالك وأبو حنيفة لا يجب تعريف مالا يقطع به السارق وهو ربع دينار عند مالك وعشرة دراهم عند أبي حنيفة لأن مادون ذلك تافه فلا يجب تعريفه كالكسرة والتمر ، والدليل على انه تافه قول عائشة رضي الله عنها كانوا لا يقطعون في الشيء التافه ، وروي عن علي رضي الله عنه انه وجد دينارا فتصرف فيه ، وروي الجوزجاني عن سلمى بنت كعب قالت :

(فصل) فأما غير الحيوان فما كان منه ينحفظ بنفسه كأحجار الطواحين والكبير من الخشب وقدور النحاس فهو كالابل في تحريم أخذه بل اولى منه لان الابل معرضة للتلصق بالأسد والجوع والعطش وغير ذلك وهذه بخلاف ذلك ولان هذه لا تكاد تضيع عن أصحابها ولا تبرح من مكانها بخلاف الحيوان فاذا حرم أخذ الحيوان فهذه اولى

(فصل) فان أخذ الحيوان الذي لا يجوز أخذه على سبيل الالتقاط ضمنه اما أن كان او غيره لانه أخذ ملك غيره بغير اذنه ولا اذن الشارع له فهو كالغاصب ، فان رده الى موضعه لم يبرأ من الضمان وبهذا قال الشافعي وقال مالك يبرأ لان عمر رضي الله عنه قال ارسله الى الموضع الذي أصبته فيه وجري طرد البقرة التي لحقت ببقرة

ولنا ان ما يلزمه ضمانه لا يزول عنه الا برده الى صاحبه او نائبه كالسروق والمفصوب واما حديث جرير فانه لم يأخذ البقرة انما لحقت بالبقرة فطردها فاشبهه مالود خلت داره فاخرجها واما عمر فهو كان الامام فامر به بردها الى مكانها كآخذها ، فعلى هذا متى لم يأخذها بحيث ثبت يده عليها لا يلزمه ضمانها سواء طردها أو لم يطردها فان دفعها الى نائب الامام زال عنه الضمان لان له نظر في ضوال الناس بدليل ان له أخذها فكان نائباً عن أصحابها فيها

وجدت خاتماً من ذهب في طريق مكة فسألت عائشة عنه فقالت تمتعي به ، وروى أبو داود بإسناده عن جابر قال رخص لنا رسول الله ﷺ في العصا والسوط والحبل وأشباهاه بثلثة طه الرجل ينتفع به، والحبل قد تكون قيمته دراهم وعن ابن ماجه بإسناده عن سويد بن غفلة قال خرجت مع سلمان بن ربيعة وزيد ابن صوحان حتى إذا كنا بالهذيل التقطت سوطاً فقالا لي أقمه فأبيت حتى قدمنا المدينة أتيت أبي بن كعب فذكرت ذلك له فقال أصبت قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وللشافعية ثلاثة أوجه كالمذهب الثلاثة ولنا على إبطال تحديده بما ذكروه ان حديث زيد بن خالد عام في كل لفظة فيجب إبقاؤه على عمومه إلا ما خرج منه بالدليل ، ولم يرد بما ذكروه نص ولا هو في معنى ما ورد النص به ولان التحديد والتقدير لا يعرف بالقياس وإنما يؤخذ من نص أو إجماع وليس فيما ذكروه نص ولا إجماع ، وأما حديث علي فهو ضعيف رواه أبو داود وقال طرقه كلها مضطربة ثم هو مخالف لمذهبهم ولسائر المذاهب فتعين حملها على وجه من الوجوه غير اللفظة إما اكونه مضطراً اليه أو غير ذلك ، وحديث عائشة قضية في عين لا يدري كم قدر الخاتم ثم هو قول صحابي وكذلك حديث علي وم لا يرون ذلك حجة ، وسائر الأحاديث ليس فيها تقدير لكن يباح أخذ ما ذكره النبي ﷺ ورخص في أخذه من السوط والعصى والحبل وما قيمته كقيمة ذلك ، وقدره الشيخ أبو الفرج في كتابه بما دون القيروط ولا يصح تحديده لما ذكرنا (فصل) إذا أخرج التعريف عن الحول الاول مع إمكانه أتم لأن النبي ﷺ أمر به فيه والامر يقتضي الوجوب وقال في حديث عياض بن حمار لا نكتم ولا نغيب ، ولان ذلك وسيلة الى أن لا يعرفها

(فصل) والامام أو نائبه أخذ الضالة ليعدها للصاحب لان عمر رضي الله عنه حتى موضعاً يقال له النقيم لحبل المجاهدين والضوال ولان للامام نظراً في حفظ مال الغائب وفي أخذ هذه حفظ لها عن الهلاك ولا يلزمه تعريفها لان عمر رضي الله عنه لم يكن يعرف الضوال ولانه اذا عرف ذلك فن كانت له ضالة فانه يجيء الى موضع الضوال فاذا عرف ضالته أقام البيئة عليها وأخذها ، ولا يكتفي فيها بالصفة لانها ظاهرة بين الناس فيعرف صفاتها من رآها من غير أهلها فلم تكن الصفة دليلاً على مالكة لها ولان الضالة كانت ظاهرة للناس حين كانت في يد مالكة فلا يختص هو بمعرفة صفاتها دون غيرها فلم يكن ذلك دليلاً ويمكنه إقامة البيئة عليها لظهورها للناس ومعرفة خلطاته وجبراته تملكه إياها

(فصل) وإن أخذها غير الامام أو نائبه ليعدها لصاحبها لم يجز له ذلك ولزمه ضمانها لانه لا ولاية له على صاحبها ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي ولاصحابه وجه أن له أخذها لحفظها كالامام أو نائبه ولا يصح القياس على الامام لان له ولاية وهذا لا ولاية له ، فان وجدها في موضع يخاف عليها به كأرض مسبعة يظن على الظن أن الاسد يقتربها إن تركت به أو قريباً من دار الحرب يخاف عليها من أهلها أو بموضع يستحل أهله أموال المسلمين أو في بركة لا ماء بها ولا مرمى فالاولى جواز أخذها لحفظ ولا ضمان على أخذها لان فيه اتقاها من الهلاك فأشبه تخليصها من غرق أو

صاحبها فإن الظاهر أنه بعد الحول يئأس منها ويسلو عنها ويترك طلبها ويسقط التعريف بتأخيرها عن الحول الاول في المنصوص عن أحد لأن حكمة التعريف لا تحصل بعد الحول الاول وإن تركه في بعض الحول عرف بتيته ويتخرج أن لا يسقط التعريف لتأخره لأنه واجب فلا يسقط بتأخيرها عن وقته كالعبادات وسائر الواجبات ولأن التعريف في الحول الثاني يحصل به المقصود على نوع من القصور فيجب الاتيان به لقول النبي ﷺ « إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم » فعل هذا إن أخر التعريف به في الحول أي بالتعريف في بقيته وأتمه من الحول الثاني، وعلى كلا القولين لا يملكها بالتعريف فيما عدا الحول الاول لأن شرط الملك التعريف في الحول الاول ولم يوجد، وهل له أن يتصدق بها أو يحبسها عنده أبداً؟ على روايتين، ويحتمل أن يلزمه دفعها إلى الحاكم كقولنا فيما إذا التقط فيما لا يجوز التقاطه، ولو ترك التعريف في بعض الحول الاول لم يملكها أيضاً بالتعريف فيما بعده لأن الشرط لم يكمل وعدم بعض الشرط كعدم جميعه كما لو أدخل ببعض الطهارة أو ببعض السترة في الصلاة (فصل) وإن ترك التعريف في الحول الاول لعجزه عنه مثل أن يترك لمرض أو حبس أو نسيان ونحوه ففيه وجهان (أحدهما) أن حكمه حكم ماله تركه مع إمكانه لأن تعريفه في الحول سبب الملك والحكم ينتفي لانقضاء سببه سواء اتقى لعذر أو غير عذر (والثاني) أنه يعرفه في الحول الثاني ويملكه لأنه لم يؤخر التعريف عن وقت إمكانه فأشبه ماله عرفه في الحول الاول

حريق وإذا أخذها سلمها إلى نائب الامام ويرى من ضمانها ولا يملكها بالتعريف لأن الشرع لم يرد بذلك فيها .

(فصل) ويسمى الامام ما يحصل عنده من الضوال بأنها ضالة ويشهد عليها ثم إن كان له حتى تزعى فيه تركها فيه إن رأى ذلك وإن رأى المصلحة في بيعها أو لم يكن له حتى ياعها بعد أن يملكها ويحفظ صفاتها ويحفظ. ثمنها لصاحبها فإن ذلك أحفظ لها لأن تركها يفقي إلى أن تأكل جميع ثمنها (فصل) ومن ترك دابة بمهلكة فأخذها إنسان فأطعمها وسقاها وخلصها ملكها وبه قال الليث والحسن بن صالح وإسحاق إلا أن يكون تركها ترجع إليه أو ضلت منه وقال مالك هي لمالكها ويضم ما أنفق عليها وقال الشافعي وابن المنذر هي لمالكها والآخر متبرع بالنفقة لا يرجع بشيء لأنه ملك غيره فلم يملكه بغير عوض من غير رضاه كما لو كانت في غير مهلكة ولا يملك الرجوع بها أنفق لأنه أنفق على مال غيره بغير إذنه فلم يرجع به كما لو بنى داره .

ولنا ما روى الشعبي أن رسول الله ﷺ قال من وجد دابة قد عجز عنها أهلها فسيروها فأخذها فأحيها فعيه له، قال عبد الله بن عبد الرحمن قلت - يعني لشعبي - من حدثك بهذا؟ قال غير واحد من أصحاب رسول الله ﷺ رواه أبو داود، وفي لفظ عن النبي ﷺ أنه قال « من ترك دابة بمهلكة فأحيها رجل فهي لمن أحيها » ولأن في الحكم بملكها إحيائها وانقاذها من

(مسئلة) قال (فإن جاء ربها وإلا كانت كسائر ماله)

وجملته أنه إذا عرف القطعة حولا فلم تعرف ملكها لم تقطعها وصارت من ماله كسائر أمواله غنيا كان الملقط أو فقيرا ، وروى نحو ذلك عن عمرو وابن مسعود وعائشة رضي الله عنهم وبه قال عطاء والشافعي وإسحاق وابن المنذر وروى ذلك عن علي وابن عباس والشعبي والنخعي وطائفة وعكرمة ، وقال مالك والحسن بن صالح والثوري وأصحاب الرأي يتصدق بها فإذا جاء صاحبها خيره بين الأجر والقرم لما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه سئل عن القطعة فقال : « عرفها حولا » وروى « ثلاثة أحوال » فإن جاء ربها وإلا تصدق بها فإذا جاء ربها فرضي بالأجر وإلا غرمها ولأنها مال لمصوم لم يرض بزوال ملكه عنها ولا وجد منه سبب يقتضي ذلك فلم يزل ملكه عنه كغيرها قالوا وليس له أن يملكها إلا أن أبا حنيفة قال له ذلك إن كان فقيرا من غير ذري القربي لما روى عياض بن حمار المجاشعي أن النبي ﷺ قال « من وجد قطعة فليشهد عليها ذا عدل أو ذوي عدل ولا يكتهم ولا يغيب ، فإن وجد صاحبها فليرددها عليه وإلا فهي مال الله يرضيه من يشاء » رواه النسائي قالوا وما يضاف إلى الله تعالى إنما يملكه من يستحق الصدقة ، ونقل حنبل عن أحمد مثل هذا القول وأنكره الحلال وقال ليس هذا مذهبا لأحمد

الملاك ومحافظة على حرمة الحيوان وفي القول بأنها لا تملك نصيب لكذلك كله من غير مصلحة تحصل ولأنه بذرة عنه وعجز عن أخذه فملكه أخذه كاسقاط من السبيل وسائر ما ينتهذه الناس ورغبة عنه ، فأما أن ترك متاعا فخلصه إنسان لم يملكه لأنه لا حرمة له في نفسه ولا يخشى عليه التلف كالخشية على الحيوان فإن الحيوان يموت إذا لم يطعم ويسقى وتأكله السباع والمتاع يبقى حتى يرجع إليه صاحبه وإن كان المتروك عيدا لم يأخذه لأن العبد في العادة يمكنه انتخاص إلى الأماكن التي يعيش بها بخلاف البهيمة ، وله أخذ العبد والمتاع ليخاصه لصاحبه وله أجر مثله في تحايض المتاع نص عليه ، وكذلك العبد على قبضه ، قال القاضي يجب أن يجعل قوله في وجوب الأجر على أنه جعل له ذلك أو أمره به فأما أن لم يجعل له شيئا فلا شيء له لأنه عمل في مال غيره بغير جعل فلم يستحق شيئا كالملقط وهذا خلاف ظاهر كلام أحمد فإنه لو جعل له جملا لاستحقه ولم يجعل له أجر المثل ، ويذوق هذا الملقط فإنه لم يخاص القطعة من الملاك ، ولو تركها أمكن أن يرجع صاحبها فيطلبها في مكانها فيجدها وههنا أن لم يخججه هذا ضاع وهلك ولم يرجع إليه صاحبه ففي جعل الأجر فيه حفظ الأموال من الهلاك من غير مضرة فجاز كالجعل في الأبق ولأن القطعة جعل فيها الشارع ما يحث على أخذها وهو ملكها أن لم يحس صاحبها فاكنتي به عن الأجر فينبغي أن يشرع في هذا ما يحث على تحليصه بطريق الأولى وليس إلا الأجر كرد الأبق

ولنا قول النبي ﷺ في حديث زيد بن خالد «فان لم تعرف فاستنفقها» وفي لفظ «وإلا فهي كسبيل مالك» وفي لفظ «ثم كلها» وفي لفظ «فانتم بها» وفي لفظ «فتأناك بها» وفي حديث أبي ابن كعب «فاستنفقها» وفي لفظ «فاستمتع بها» وهو حديث صحيح، ولان من ملك بالفرض ملك بالانطة كالفقير ومن جاز له الانقاط ملك به بعد التعريف كالفقير. وحديثهم عن أبي هريرة لم يثبت ولا نقل في كتاب يوثق به ودعواهم في حديث عياض ان ما يضاف الى الله لا يملكه إلا من يستحق الصدقة لا يبرهان لها ولا دليل عليها وبطلانها ظاهر فان الاشياء كلها تضاف الى الله تعالى خلقا وملكا قال الله تعالى (وآنوم من مال الله الذي آناكم)

(فصل) وتدخل اللقطة في ملكه عند تمام التعريف حكى كالبراث هذا ظاهر كلام الحرقى لقوله وإلا كانت كسائر ماله، وكذلك قال أحمد في رواية الجماعة اذا جاء صاحبها وإلا كانت كسائر ماله واختار أبو الخطاب انها لا تدخل في ملكه حتى يختار. واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قال نقولنا ومنهم من قال يملكها بالنية، ومنهم من قل يملكها بقوله اخترت تملكها، ومنهم من قال لا يملكها إلا بقوله والتصرف فيها لان هذا تملكك بعوض فلم يحصل إلا باختيار المملك كالشراء.

ولنا قول النبي ﷺ «فاذا جاء صاحبها وإلا فهي كسبيل مالك» وقوله «فاستنفقها» ولو وقف ملكها على تملكها لينه له ولم يبرز له التصرف قبله وفي لفظ «فهي لك» وفي لفظ «كلها» وهذه

(فصل) فاما ما لقاه ركاب البحر فيه خوفان الفرق فلم أعلم لأصحابنا فيه قولاً سوى عموم قولهم الذي ذكرناه ويحتمل أن يات هذا من أخذه وهو قول الليث وبه قال الحسن فيما أخرجه، قل وما نضب عنه الماء فهو لاهمه، وقال ابن المنذر يرد على أصحابه ولا شيء له ويقتضيه قول الشافعي والقاضي لما تقدم في الفصل قبله ويقتضي قول الامام أبي عبد الله ان لمن أخذه أجر مثله لما ذكرنا، قال شيخنا ووجه ما ذكرنا من الاحتمال ان هذا مال ألقاه أصحابه فيما يتاف يبقائه فيه اختياراً منهم فملكه من أخذه كالذي القوه رغبة عنه، ولان فيما ذكرناه تحميقة لا ثلاثة فلم يميز كباشرته بالانلاف، فاما ان انكسرت السفينة فأخرجه قوم فقال مالك يأخذ أصحاب المتاع متاعهم ولا شيء لأذين أصابوه وهذا قول الشافعي وابن المنذر والقاضي. وعلى قياس نص أحمد يكون مستخرجه ههنا أجر المثل لان ذلك وسيلة الى تخليصه وحفظه لصاحبه وصيافته عن الفرق فان الفواص اذا علم أنه يدفع اليه الاجر بادر إلى التخليص ليخلصه، وان علم أنه يؤخذ منه بغير شيء لم يخاطر بنفسه في استخراجه فيبغي أن يقضى له بالاجر كجمل رد الآبق

(فصل) ذكر القاضي فيما اذا التقط عبد أصغيراً او جارية ان قياس المذهب أنه لا يملك بالتعريف وقال الشافعي يملك العبد دون الجارية ولان التملك بالتعريف عنده اقراض والجارية عنده لا يملك بالفرض. قال شيخنا وهذه المسئلة فيها نظر فان الانبط محكوم بحريته، وإن كان ممن يعبر عن نفسه

الالفاظ كلها تدل على ما قلنا ولان الالتقاط والتعريف سبب للملك فاذا تم وجب ان يثبت به الملك حكماً كالاحياء والاصطياد ولانه سبب يملك به فلم يقف الملك بعده على قوله ولا اختياره كسائر الاسباب وذلك لان المكلف ليس اليه إلا مباشرة الاسباب فاذا أتى بها ثبت الحكم قهراً وجبراً من الله تعالى غير موقوف على اختيار المكلف ، وأما الاقتراض فهو السبب في نفسه فلم يثبت الملك بدونه (فصل) فان التقطها اثنان فعرفاها حولاً ملكاها جميعاً وإن قلنا بوقوف الملك على الاختيار فاختار أحدهما دون الآخر ملك المختار نصفها دون الآخر ، وإن رأياها معاً فبادر أحدهما فأخذها أو رآها أحدهما فأعلم بها صاحبه فأخذها فهي لأخذها لان استحقاق القطة بالاخذ لا بالرؤية كالاصطياد وإن قال أحدهما لصاحبه هاتها فأخذها نظرت في نيته فان أخذها لنفسه فهي له دون الآخر وإن أخذها للآخر فهي له كما لو وكله في الاصطياد له

(فصل) وتملك القطة ملكاً مراعى يزول بمجيء صاحبها ويضمن له بدلها إن تعذر ردها والظاهر أنه يملكها بغير عوض يثبت في ذمته وإنما يتجدد وجوب العوض بمجيء صاحبها كما يتجدد زوال الملك عنها بمجيئه ، وكما يتجدد وجوب نصف الصداق للزوج أو بدله إن تعذر ثبوت الملك فيه باطلاق وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ، وقال أكثرهم لا يملكها إلا بعوض يثبت في ذمته نصاحبها وهذا قول القاضي وأصحابه بدليل أنه يملك المطالبة به فأشبهه القرض

فأقر بأنه مملوك لم يقبل إقراره لان الطفل لا قول له ولو اعتبر قوله في ذلك لاعتبر في تعريفه لسيده (الثالث) سائر الاموال كالآثان والمتاع والغنم والفصلا والعجاجيل وإلا فلا فيجزز التقاطها لمن يقصد تعريفها وتملكها بعده لحديث زيد بن خالد في لقطة الذهب والورق وقوله في الشاة «خذها قائما هي لك أولاً خيك أول الذئب» ثبت في الذهب والفضة وقسنا عليه المتاع وقسنا على الشاة كل حيوان لا يتمتع بنفسه من صغار السباع وهي الغالب وابن آوى والذئب وولد الاسد ونحوها ومنه الدجاج والاوز ونحوها يجزز التقاطها ، وروي عن أحمد رواية أخرى ليس لغير الامام التقاطها يعني الشاة ونحوها من الحيوان ، وقال القيث بن سعد لا يختار أن يقربها إلا أن يجرزها لصاحبها لقول رسول الله ﷺ «لا يؤوي الضالة إلا ضال» ولانه حيوان أشبه الابل

ولنا قول النبي ﷺ في الشاة «خذها قائما هي لك أولاً خيك أول الذئب» تنفق عليه ولا ينجس عليه التلف والضياع أشبه لقطة غير الحيوان وحديثنا أنخص من حديثهم فنخصه به ولو قدر التعارض قدم حديثنا لانه أصح ولا يصح قياسه على الابل فان النبي ﷺ علل منع التقاطها بأن معها ذئبها وسقاءها وهذا معدوم في الغنم ، ثم قد فرق النبي ﷺ بينهما في خبر واحد فلا يجوز الجمع بين ما فرق الشارع بينهما ولا قياس ما أمر بالتقاطه على ما منع منه

(فصل) ولا فرق بين أن يجدها بمصر أو مهلكة وقال مالك وأبو عبيد وابن المنذر في الشاة

ولنا قول النبي ﷺ «فإن جاء صاحبها والا فهي مال الله بؤتيه من يشاء» فجعلها من المباحات، ولأنه لو مات لم يعزل من تركته بدلها ولا يستحق أن يأخذ من الزكاة بسبب الغرم ولا يلزمه أن يوصي به ولا يتمتع وجوب الزكاة في ماله بسبب الدين ولا يثبت شيء من أحكام الدين في حقه وانقضاء أحكامه دليل على انقضاءه، وقال القاضي يمنع ذلك وجوب الزكاة ولأنه لو ملكها بعوض لم يزل ملكه عنها بمجيء صاحبها ولو وقف ملكه لها على رضاء بالمعارضة واختياره لاحدهما كالقرض والامس بخلاف ذلك وإنما يستحق صاحبها المطالبة بعد مجيئه بشرط تلذها فانها لو كانت موجودة لاخذها ولم يستحق لها بدلا، وإن كانت تامة تجدد له ملك المطالبة بيدها كما يتجدد له الملك فيها لو كانت موجودة وكما يتجدد له الملك في نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول وفي بدله إن كان معدوما وهذا أشبه به - ثمتنا وبه يطل ماذكروه، وأما القرض فإنه لما ثبت بدله في الذمة لم يعد الملك له في القرض إلا برضاء المقرض واختياره

(فصل) وكل ما جاز التناطه ملك بالتعريف عند تمامه ثمانا كانت أو غيرها : هذا كلام الحارثي فإن لفظه عام في كل لفظه وقد نقل ذلك عن أحمد فان محمد بن الحكم روى عنه في العباد يقع في شعبه الكبس أو النحاس يعرفه سنة فان جاء صاحبه والا فهو كسائر ماله وهذا نص في النحاس . وقال الشريف بن أبي موسى هل حكم العروض في التعريف وجواز التصرف فيها بعد ذلك حكم الاثمان؟

وجد في الصحراء اذبحها وكلها وفي المصراعها حتى يجدها صاحبها لان النبي ﷺ قال «هي لك أولاخيك أو للذئب» ولا يكون الذئب في المصراع ولنا أن النبي ﷺ أمر بأخذها ولم يفرق ولم يستفصل ولو افرق الحال لاستفصل ولأنهم القطعة فاستوى فيها المصراعي وغيره كسائر القطعات، وقولهم لا يكون الذئب في المصراع قلنا كونها للذئب في الصحراء لا يمنع كونها لغيره في المصراع، ومتى عرفها حول ملكها، وذكرة القاضي وابو الخطاب من أحمد رواية أنه لا يملكها ولعلها الرواية التي منع من التناطها فيها ولنا قوله عليه السلام «هي لك» أضافا اليه بلام التأييد ولأن التناطها مباح فلما كنت بالتعريف كالأثمان، وقد حكاه ابن المنذر اجماعا

(مسألة) (فن لا يأمّن نفسه عليها ليس له أخذها فان أخذها لزمه ضمانها ولا يملكها وان عرفها) إذا التقط قطعة عازما على تملكها بغير تعريف فقد فعل محرما ولا يحمل له أخذها بهذه النية فان أخذها لزمه ضمانها سواء تلفت بتفريط أو بغير تفريط، ولا يملكها وان عرفها لانه أخذ مال غيره على وجه ليس له أخذه فهو كالغاصب نص عليه أحمد، ويحتمل أن يملكها لان ملكها بالتعريف والاتناط وقد وجدا فيملكها بذلك كالأصطياد والاحتشاش اذا دخل ملك غيره بغير اذنه فاصطاد أو احتش

(المفتي والشرح الكبير) (٤٢) (الجزء السادس)

على روايتين أظهرهما أنها كالأمان ولا أعلم بين أكثر أهل العلم فرقا بين الأمان والعروض في ذلك ، وقال أكثر أصحابنا لأن تلك العروض بالتعريف . قال القاضي نص أحمد على هذا في رواية الجماعة واختلفوا فيما يصنع بها فقال أبو بكر وابن عقيل يعرفها أبداً . وقال القاضي هو بالخيار بين أن يقيم على تعريفها حتى يجبي صاحبها وبين دفعها إلى الحاكم يرى رأيها فيهار هل له بيعها بعد الحول ويتصدق بها على روايتين ، وقال الحلال كل من روى عن أحمد أنه يعرفه سنة ويتصدق به والقدي نقل أنه يعرف أبداً قول قديم رجع عنه ، واحتجوا بما روي عن ابن عمر وابن عباس وابن مسعود مثل قولهم ولأنها لقطة لأن ملك في الحرم فلا تملك في غيره كالابل . ولأن الخبر ورد في الأمان وغيرها لا يساويها لعدم الفرض المتعلق بعينها فمثلها يقوم مقامها من كل وجه بخلاف غيرها

ولما عموم الأحاديث في النقطة جميعها فإن النبي ﷺ سئل عن النقطة فقال « عرفها سنة » ثم قال في آخره « فانتفع بها أو فشاك بها » وفي حديث عياض بن حمار « من وجد لقطة » وهو لفظ عام ، وروى الجوزجاني والاثرم في كتابيهما فلا حدثنا أبو نعيم ثنا هشام بن سعد قال حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال أتى رجل رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله كيف ترى في متاع يوجد في الطريق الميتة أو في قرية مسكونة ؟ فقال عرفه « سنة فإن جاء صاحبه وإلا فشاك به » وروى أن سفيان بن عبد الله وجد عيبة فأتى بها عمر بن الخطاب فقال عرفها سنة فإن عرفت وإلا فهي لك زاد

منه ملك الصيد والحشيش وإن كان دخوله محرماً كذا هنا ، ولأن عموم النص يتناول هذا الملتقط فيثبت حكمه فيه ولأننا لو اعتبرنا نية التعريف وقت الالتقاط لافترق الحال بين العدل والفاسق والعبي والسفيه لأن الغالب على هؤلاء الالتقاط لتمليك لا لتعريف

(مسألة) (ومن أمن نفسه عليها وقوي على تعريفها فله أخذها)

لما ذكرنا والافضل تركها فإنه أحمد روي معنى ذلك عن ابن عباس وابن عمر وبه قال جابر بن زيد والريعي بن خثيم وعطاء ، وقال أبو الخطاب إذا وجدها بمضيعة وأمن نفسه عليها فلا يفضل أخذها وهذا قول لشانبي وعنه أنه يجب أخذها لقول الله تعالى (والمؤمنون بعضهم أولياء بعض) وإذا كان وليه وجب عليه حفظ ماله كولي اليتيم ، ومن رأى أخذها سعيد بن المسيب والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأخذها أبي بن كعب وسويد بن غفلة وقال مالك إن كان شيئاً له بال يأخذه أحب إلي وبعرفه ولأن فيه حفظ مال المسلم عليه فكان أولى من تضییعه كتخليصه من الفرق

ولنا قول ابن عمر وابن عباس ولا يعرف لما يخالف في الصعابة ولأنه يعرض نفسه لأكمل الحرام وتضييع الواجب من تعريفها وأداء الأمانة فيها فكان تركه أولى وأسلم كولاية مال اليتيم وما ذكره يطل بالضوال فإنه لا يجوز أخذها مع ما ذكره وكذلك ولاية مال اليتام

(مسألة) (ومتى أخذها ثم ردها إلى موضعها ضمنها)

الجوز جاني فلم تعرف فلقية العام المقبل فذكرها له فقال عمر هي لك ان رسل الله صلى الله عليه وسلم أمرنا بذلك ورواه النسائي أيضا ، وهذا نص في غير الآثان وروى الجوز جاني بإسناده عن الحر بن الصباح قال كنت عند ابن عمر بمكة إذ جاءه رجل فقال أنى وجدت هذا البرد وقد نشدته وعرفته فلم يعرفه أحد وهذا يوم التروية ويوم يتفرق الناس فقال ان شئت فومته قيمة عدل وليسته وكنت له ضامنا متى جاءك صاحبه دفعت اليه ثمنه وإن لم يجيء له طالب فهو لك إن شئت ، ولان ما جاز التقاطه ملك بالتعريف كالأثمان وما حكوه عن الصحابة إن صح فقد حكينا عن عمر وابنه خلافه وقولهم انها لقطة لان ملك في الحرم ممنوع ثم هو منقوض بالآثان ولا يصح قياسها على الابل لان معها حذاءها وسقاها ترد الماء وتأك كل الشجر حتى بأنيتها ربها ولا يوجد ذلك في غيرها ولان الابل لا يجوز التقاطها فلا ملك به وعنها يجوز التقاطها بملك به كالأثمان ثم لم اذا لم ملك في الحرم لا ملك في الحل ؟ وذلك لان الحرم ميز بكون لقطته لا ياتقطها إلا منشئ ولهذا لم تملك الآثان بآثانها فيه فلا يلزم أن لا تملك في موضع لم يوجد المانم فيه ، وقولهم ان النص خاص في الآثان قلنا بل هو عام في كل نقطة فيجب العمل بعمومه ، وإن ورد فيها نص خاص فقد روي خبر عام فيعمل بهما ثم قد روينا نصا خاصا في العروض فيجب العمل به كما رجب العمل بالخاص في الآثان ثم لو اخص الخبر بالآثان لوجب أن يقاس عليها ما كان في معناها كسائر النصوص التي عقل معناها ووجد في غيرها وهما قد وجد المعنى

روي ذلك عن طاوس ربه قال الشافعي ، وقال مالك لا ضمان عليه لانه روي عن عمر أنه قال لرجل وجد بعير أرسله حيث وجدته رواه الاثرم ولما روي عن جرير بن عبد الله أنه رأى في بقره بقرة قد لحقت بها فأمر بها فطردت حتى توارت

ولنا أنها امانة حصص في يده لزمه حفظها وتركها تضييعها فأما حديث عمر فهو في الضالة التي لا يحل أخذها ، فإذا أخذها احتتمل ان له رده الى مكانه ولا ضمان عليه لهذه الآثار ولانه كان واجبا عليه تركه في مكانه ابتداء فكان له ذلك بعد اخذه ويحتمل ان لا يبرأ من ضمانه برده لانه دخل في ضمانه فلم يبرأ برده الى مكانه كالسروق وما يجوز التقاطه ، فعلى هذا لا يبرأ الا برده الى الامام أو نائبه وأما عمر فهو كان الامام فإذا أمر برده فهو كأخذه منه وحديث جرير لا حجة فيه لانه لم يأخذ البقرة ولا اخذها غلامه إنما لحقت بالبقر من غير فعله ولا اختياره ولذلك يلزمه ضمانها إذا فرط فيها لأنها امانة فهي كالوديعة .

(فصل) فان ضاعت اللقطة من ملتقطها في حول التعريف بغير تفريط فلا ضمان عليه لانها امانة في يده فهي كالوديعة ، فان التقطها آخر فعل أنها ضاعت من الاول فعليه ردها اليه لانه قد ثبت له حق التمول وولاية التعريف والحفظ . فلا يزول بالضاياع فان لم يعلم الثاني بالحال حتى عرفها حول ملكها لان سبب الملك وجد منه من غير عدوان فثبت الملك به كالاول ولا يملك الاول انزعاعها منه لان الملك

فيجب قيامه على المنصوص عليه ، أو تقول ان المعنى ههنا أكد فيثبت الحكم فيه بطريق التذية . يئانه ان الائمان لا تناف مضي الزمان عليها وانظار صاحبها بها أبداً والعروض تناف بذلك في النداء عليها دائماً هلاكها وضياح ماليتها على صاحبها او ملتقطها وسائر الناس في إباحة الانتفاع بها وملكها بعد التعريف حفظاً لما ليتها على صاحبها بدفع قيمتها اليه وتقم غيره فيجب ذلك لئلا يني النبي ﷺ عن إضاعة المال ولما فيه من المصلحة والحفظ مال المسلم عليه وعلى أخيه ولان في إثبات الملك فيها حناء الى التقاطها وحفظها وتعريفها لكونه وسيلة الى الملك المنصوص للادبي وفي نفي ملكها تضيق لما لما في التقاطها من الخطر والمشقة والكلفة من غير نفع يصل اليه فيؤدي الى أن لا يقطعها أحد لتعريفها فتضيق ، وما ذكره في الفرق ما نفي بالشاة فقد ثبت الملك فيها مع هذا الفرق ، ثم يمكننا أن نقيس على الشاة فلا يحصل هذا الفرق بين الاصل والفرع والله أعلم ، ثم قلب دليلهم فقول لقطة لان ملك في الحرم فما أبيح الانتفاع منها ملك اذا كان في الحل كالأبل

(فصل) وظاهر كلام أحمد والخري أن لقطة الحل والحرم سواء وروي ذلك عن ابن عمر وابن عباس وعائشة وابن المديب وهو مذهب مالك وأبي حنيفة وروي عن أحمد رواية أخرى أنه لا يجوز التقاط لقطة الحرم للملك وانما يجوز حفظها لصاحبها فان التقطها عرفها أبداً حتى يأتي صاحبها وهو قول عبد الرحمن بن مهدي وأبي عبيد وعن الشافعي كالمذهبين ، والحجة لهذا القول قول النبي ﷺ في

مقدم على حق الملك فاذا جاء صاحبها أخذها من الثاني وليس له مطالبة الاول لانه لم يضرط ، وان علم الثاني بالاول فردها اليه فأبى أخذها وقال عرفها انت فعرفها ملكها أيضاً لان الاول ترك حقه فسقط ، وإن قال عرفها ويكون ملكها لي ففعل فهو نائبه في التعريف ويملكها الاول لانه وكفه في التعريف فصح كما لو كانت في يد الاول ، وإن قال عرفها وتكون بيننا ففعل صح أيضاً وكأنت بينهما لانه أسقط حقه من نصفها ووكفه في الباقي ، وإن قصد الثاني بالتعريف يملكها لنفسه دون الاول احتل وحمين (أحدهما) يملكها الثاني لان سبب الملك وجد منه فملكها كما لو أذن له الاول في تعريفها لنفسها (والثاني) لا يملكها لان ولاية التعريف للاول أشبه ماله غصبها من الملتقط غاصب فعرفها وكذلك الحكم اذا علم الثاني بالاول فعرفها ولم يعلم بها . وبشبه هذا من تحجر مواتنا اذا سبقه غيره الى ما حجره فأحياه بغير إذنه ، فأما إن غصبها غاصب من الملتقط فعرفها لم يملكها وجها واحداً لانه تعدى بأخذها ولم يوجد منه سبب يملكها فان الالتقاط من جملة السبب ولم يوجد منه ، يفارق هذا اذا التقطها ثانياً فانه وجد منه الالتقاط والتعريف

(فصل) ومن اصطاد سمكة من البحر فوجد فيها درة أو عنبرة أو شيئاً مما يكون في البحر فهو للصيد لان ذلك يكون في البحر ، قال الله تعالى (وتستخرجون حلية تلبسونها) ولان الاصل عدم ملكها لغيره ، فان باعها الصيد ولم يعلم فوجده المشتري في بطنها فهو للصيد نص عليه أحمد لانه اذا لم

مكة « لا تحمل ساقطتها إلا لمنشد » متفق عليه . وقال أبو عبيد المنشد المعروف والناشد الطالب وينشد « اصاخة الناشد له منشد » فيكون معناه لا تحمل لقطة مكة إلا لمن يعرفها لأنها خصت بهذا من سائر البلدان وروى يعقوب بن شعبة في مسنده عن عبد الرحمن بن عثمان أتبعني أن النبي ﷺ نهى عن لقطة الحاج قال ابن وهب يعني يتركها حتى يجدها صاحبها . رواه أبو داود أيضاً ، ووجه الرواية الأولى عموم الأحاديث وأنه أحد الحرمين فأشبهه حرم المدينة ولأنها أمانة فلم يختلف حكمها بالحل والحرم كالودعة وقول النبي ﷺ « إلا لمنشد » يحتمل أن يريد إلا لمن عرفها عاماً وتخصيصها بذلك لتأكيدها لا لتخصيصها كقوله عليه السلام « ضالة المسلم حرق النار » وضالة الذي مقدسة عليها

(فصل) إذا التقط لقطة عازماً على تملكها بغير تعريف فقد فعل محرماً ولا يحمل له أخذها بهذه النية فإذا أخذها لزمه ضمانها سواء تلفت بتفريطه أو بغير تفريط ولا يملكها وإن عرفها لأنه أخذ مال غيره على وجه لا يجوز له أخذه ، فأشبهه الغاصب نص على هذا أحمد ويحتمل أن يملكها لأن ملكها بالتعريف والاتقاط وقد وجد فيملكها به كالأصطياد والاحتشاش فإنه لو دخل حائطاً لغيره بغير إذنه فاحتشش أو اصطاد منه صيداً ماله وإن كان دخوله محرماً كذا همنا ، ولأن عموم النص يتناول هذا الملتقط فيثبت حكمه فيه ولأننا لو اعتبرنا نية التعريف وقت الالتقاط لا تفرق الحال بين العدل والفاسق والصبى والسفيه لأن الغالب على هؤلاء الالتقاط للتملك من غير تعريف

يملك به فما باعه ولا رضي بزوال ملكه عنه فأشبهه من باع داراً له مال مدفون فيها ، فإن وجد دراهم أو دنانير فهي لقطة لأن ذلك لا يخلق في البحر ولا يكون إلا لآدمي فكان لقطة كما لو وجد في البحر وكذلك الحكم في الدرّة والعنبرة إذا كان فيها أثر لآدمي كالمثقوبة والمتصلة بذهب أو فضة أو غيرها أو كانت العنبرة فاحشة ونحو ذلك مما لا يخلق عليه في البحر تكون لقطة لأنها لم تقع في البحر حتى تثبت اليد عليها فهي كالدينار فنى وجدها الصياد فعليه تعريفها لأنه ملقطها ، وإن وجدها المشتري فالتعريف عليه لأنه واجدها ولا حاجة إلى البداية بالبائع فإنه لا يحتمل أن تكون السمكة ابتلعت ذلك بعد اصطيدها وملك الصياد لها فاستوى هو وغيره ، فأما إن اشترى شاة ووجد في بطنها درة أو عنبرة أو دنانير أو دراهم فهو لقطة يعرفها ويبدأ بالبائع لأنه لا يحتمل أن تكون ابتلعتها من ملكه فيبدأ به كقولنا فيمن اشترى داراً فوجد فيها مالا مدفوناً ، وإن اصطاد السمكة من غير البحر كالنهر والعين فحكمها حكم الشاة في أن ما وجد في بطنها من ذلك فهو لقطة لأن ذلك لا يكون إلا في البحر عادة ، ويحتمل أن النهر إذا كان متصلاً بالبحر فهو كما لو صادها منه لأنها قد تبتلع ذلك في البحر ثم تخرج إلى النهر وإن لم يكن متصلاً به فهو لقطة ويحتمل أن يكون الصياد لقول الله تعالى (ومن كل تأكلون لما طربوا وتستخرجون حلية تلبسونها)

(فصل) وإن وجد عنبرة على الساحل فهي له لأنه يمكن أن البحر ألقاها والاصل عدم الملك

(مسئلة) قال (وحفظ وكافها وعفاصها وحفظ عددها وصفاتها)

الاصل في هذا قول النبي ﷺ في حديث زيد بن خالد اعرف وكافها وعفاصها، وقال في حديث أبي بن كعب « اعرف عفاصها وكافها وعددها ثم عرفها سنة » وفي لفظ عن أبي بن كعب أنه قال وجدت مائة دينار فأنت بها النبي ﷺ فقال « عرفها خولا » فعرفتها حولاً فلم تعرف فرجعت اليه فقال « اعرف عدتها ووعاها » وكافها وأخطأها بما لك فإن جاء ربها فادها اليه » ففي هذا الحديث أنه أسره بمعرفة صفاتها بعد التعريف وفي غيره أمر بمعرفة نياتها حين التقاطها قبل التعريف وهو الاول ليحمل عنده علم ذلك ، فإذا جاء صاحبها نية ما غلب على ظنه صدقه فيجوز الدفع اليه حينئذ، وإن أخر معرفة ذلك إلى حين محيى باغيبها جازلان المقصود يحصل بمعرفتها حينئذ وإن لم يحى طابها فأراد التصرف فيها بعد الحول لم يحز له حتى يعرف صفاتها لان عينها تنعدم بالتصرف فلا يتي له سبيل إلى معرفة صفاتها إذا جاء صاحبها، وكذلك إن خطبها بما له على وجه لا تتميز منه فيكون أمر النبي ﷺ لا يتي بمعرفة صفاتها عند خطبها بما له أمر بإيجاب مضيق وأمره يزيد ابن خالد بمعرفة ذلك حين الالتقاط واجبا موسعا والله أعلم ، قل القاضي ينبغي أن يعرف جنسها دراهم أو دنانير ونوعها، وإن كانت ثيابا عرف لافاتها وجنسها ويعرف قدرها بالكيل وبالوزن أو بالعدد أو الدرغ ويعرف العقد عليها هل هو عقد واحد أو أكثر أنشودة أو غيرها ويعرف صمام القارورة التي تدخل رأسها وعفاصها الذي تلبسه

فيها فكانت مباحة لأخذها كالصيد ، وقد روى سعيد عن اسماعيل بن عياش عن معاوية بن عمرو الصديقي قال أتيت بحر عدن عنبرة مثل البعير فأخذها فأس بها فكتب إلى عمر بن عبد العزيز فكتب اليها أن خذوا منها الخمس وادفعوا اليهم سائرها وإن باعوا كوها فاشتروها فأردنا أن نزنها فلم نجد ميزانا يخرجها ففعلنا هاتين ووزناها فوجدناها ستائة رطل فأخذنا خمسة ودفننا سائرها اليهم ثم اشتريناها بخمسة آلاف دينار وبعثنا بها إلى عمر فلم يلبث إلا قليلا حتى باعها بثلاثة وثلاثين ألف دينار (فصل) وإن صاد غزالا فوجده مخضوبا أو في عنقه خرزا أو في أذنه قرط ونحو ذلك مما يدل على ثبوت اليد عليه فهو لقطة لان ذلك يدل على انه كان مملوكا ، قال أحمد فيمن ألقى شبكة في البحر فوقعت فيها سمكة تجذبت الشبكة فمرت بها في البحر فصادها رجل فإن السمكة له والشبكة يعرفها ويدفعها إلى صاحبها فجعل الشبكة لقطة لأنها مملوكة لا دمي والسمكة لمن صادها لأنها كانت مباحة ولم يملكها صاحب الشبكة لكون شبكته لم تثبتا بقيت على الإباحة، وهكذا لو نصب فخا أو شركا فوقع فيه صيد من صيود البر فأخذه وذهب به فصاده آخر فهو لمن صاده ويرد الآلة إلى صاحبها فإن لم يعرف صاحبها فهي لقطة ، وقال أحمد في رجل انتهى إلى شرك فيه حمار وحش أو ظبي قد شارف الموت فخلصه وذبحه فهو لصاحب الحباله وما كان من الصيد في الحباله فهو لمن نصبها ، وإن كان بازيا أو

(فصل) وبِستحب أن يشهد عليها حين يجدها تال أحد رحمه الله لا أحب أن يمساها حتى يشهد عليها فظاهر هذا أنه مستحب غير واجب وأنه إن لم يشهد عليها لا ضمان عليه وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة إذا لم يشهد عليها ضمنها لقول رسول الله ﷺ من وجد لقطة فليشهد ذا عدل أو أو ذوي عدل وهذا أمر يقتضي الوجوب ولأنه إذا لم يشهد كان الظاهر أنه أخذها لنفسه ولنا خبر زيد بن خالد وأبي بن كعب فانه أمرهما بالتعريف دون الأَشْهاد ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة فلو كان واجبا لبينه النبي ﷺ سيما وقد سئل عن حكم القِطعة فلم يكن ليخل بذكر الواجب فيها فيتمين حمل الأمر في حديث عياض على الندب والاستحباب ولأنه أخذ أمانة فلم يقتصر إلى الأَشْهاد كالوديعة، والمعنى الذي ذكره غير صحيح فانه إذا حفظها وعرفها فلم يأخذها لنفسه وفائدة الأَشْهاد صيانة نفسه عن الطمع فيها وكتمها وحفظها من ورثته ان مات ومن غرمائه ان أفلس وإذا أشهد عليها لم يذكر للشهود صفاتها لئلا يتأثر ذلك فيدعيها من لا يستحقها ويذكر صفاتها كما قلنا في التعريف ولكن يذكر للشهود ما يذكره في التعريف من المبتسئ النوع قل أحد في رواية صالح وقد سأله إذا شهد عليها هل يبين كم هي ؟ قال لا ولكن يقول قد أصرت لقطة، وبِستحب أن يكتب صفاتها ليكون أثبت لها مخافة أن ينساها ان اقتصر على حفظها بقلبه فان الاسان عرضة النسيان

صقرا أو عقابا وسئل عن بازي أو صقر أو كلب مالم أو فقد ذهب عن صاحبه فدعا فلم يجبه وصر في الأرض حتى أتى لذلك أيام فأتى قرية فسقط على بئاط فدعا رجلا فأجابه قال يردده على صاحبه ، قيل له فان دعاه فلم يجبه فنصب له شركا فصاده به ؟ قال يردده على صاحبه فجهله لصاحبه لانه قد ملكه فلم يزل ملكه عنه بذها به، والسمة في الشبكة لم يكن ملكها ولا حازها ، وكذلك جعل ما وقع في الحباله من الصقر والعقاب لصاحب الحباله ولم يجعله ههنا لمن وقع في شركه لان هذا فيما علم انه قد كان مملوكا لانسان فذهب وانما يعلم هذا بالخبر أو بوجود ما يدل على الملك فيه كوجود السير في رجله أو آثار التعليم مثل استجابته لني يدعوه ونحو ذلك فان لم يوجد ما يدل على انه مملوك فهو لمن صاده لان الاصل إباحته وعدم الملك فيه

(فصل) ومن أخذت ثيابه في الحمام ووجد بدلها أو أخذ مداسه وترك له بدنه لم يملكه بذلك قال أحمد فيمن سرقت ثيابه ووجد غيرها لم يأخذها فان أخذها عرفها سنة ثم تصدق بها انما قال ذلك لان أخذ الثياب لم يقع بينه وبين مالها معاوضة تقتضي زوال ملكه عن ثيابه فاذا أخذها قد أخذ مال غيره ولا يعرف صاحبه فيعرفه ويتصدق به كالصدقة بالقِطعة ، قال شيخنا ويحتمل أن ينظر في هذا فان كانت ثم قرينة تدل على السرقة بأن تكون ثيابه أو مداسه خيرا من المتروك له وكانت مما لا يشتبه على الآخذ بئياه ومداسه فلا حاجة إلى التعريف لان التعريف انما جعل على المسال الضائع من ربه ليعلم به ويأخذها ، وتارك هذا عالم به راض ببذله عوضا عما أخذه ولا يعرف انه له فلا يحصل من

(مسئلة) قال (فان جاء ربها فوصفها له دفعت اليه بلائينة)

يعني اذا وصفها بصفاتها المذكورة دفعها اليه سواء غلب على ظنه صدقه أو لم يغلب وبهذا قال مالك وأبو عبيد وداود وابن المنذر وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجبر على ذلك الا ببينة ولا يجوز له دفعها اليه اذا غلب على ظنه صدقه قال أصحاب الرأي ان شاء دفعها اليه وأخذ كفيلا بذلك لان

النبي ﷺ قال : البينة على المدعي ، ولان صفة المدعي لا يستحق بها كالمغصوب

ولنا قول النبي ﷺ : فان جاءك أحد يخبرك بعددها ووعائها ووكائنها فادفعها اليه ، قال ابن المنذر هذا الثابت عن رسول الله ﷺ وبه أقول رواد ابن التمار فان جاء باغيها ووصف عفاصها وعددها فادفعها اليه وفي حديث زيد الذي ذكرنا : اعرف وكلامها وعفاصها ثم عرفها سنة فان لم تعرف فاستنفقها وان جاء طالبها يوما من الدهر فادها اليه يعني اذا ذكر صفاتها لان ذلك هو المذكور في صدر الحديث ولم يذكر البينة في شيء من الحديث ولو كانت شرطا لادفع لم يجز الاخلال به ولا أمر بالدفع بدونه ولان اقامة البينة على القطة تتعذر لانها انما سقطت حال الغفلة والسهو فتروفت دفعها منع لوصرها الى صاحبها أبدا وهذا يفوت مقصود لالتهاط ويغضي الى تضييع أموال الناس وما هذا سبيله

تعريفه فائدة فاذا ليس بمقصود عليه ولا هو في معنى المنصوص ، وفيما يصنع به ثلاثة أوجه (أحدها) يتصدق بها على ما ذكرنا (والثاني) أنه يباح له أخذها لان صاحبها في الظاهر تركها له بادلا إياها عوضا عما أخذ فصار كالمبيع له أخذها لئانه فصار كمن قهر إنسانا على أخذ ثوبه ودفع اليه درهما (والثالث) يرفعها إلى الحاكم ليبيعها ويدفع اليه ثمنها عرضا عن ماله ، والوجه الثاني أقرب إلى الرفق بالناس لان فيه نفعاً لمن سرق ثيابه بمحصل عوض عنها ونفعاً للشارق بالتخفيف عنه من الأثم وحفظاً لهذه الآيات المتروكة من الضياع ، وقد أباح بعض أهل العلم فيمن له على انسان حق من دين أو غصب أن يأخذ من ماله بقدر حقه اذا عجز عن استيفائه بغير ذلك فهنا مع رضا من عليه الحق بأخذه أولى ، وان كانت ثم قوبلة دالة على أن لا أخذ للثياب إنما أخذها ظنا منه أنها ثيابه مثل أن تكون المتروكة مثل المأخوذة أو خيراً منها وهي مما تشبه بها فيبغى أن يعرفها ههنا لان صاحبها لم يتركها عمداً فهي بمنزلة الضائعة ، والظاهر أنه إذا علم بها أخذها ورد ما كان أخذه فتصير كلقطة في المعنى ، وبعد التعريف اذا لم تعرف ففيها الالوجه الثلاثة المذكورة لا أننا اذا قلنا يأخذها أو يبيعها الحاكم ويدفع اليه ثمنها فانما يأخذ بقدر قيمة ثيابه من غير زيادة لان الزائد فاضل عما يستحقه ولم يرض صاحبها بتركها عوضاً عما أخذ فانه لم يأخذ غيرها اختياراً منه لتركها ولا رضي بالمعارضة بها وإذا قلنا إنه يدفعها إلى الحاكم ليبيعها ويدفع اليه ثمنها فله أن يشترها بثمن في ذمته ويسقط عنه من ثمنها ما قابل ثيابه ويتصدق بالباقي

يسقط اعتبار البينة فيه كالاتفاق على اليمين والجم بين هذا القول وبين تفضيل الالتقاط على تركه متناقض جداً لأن الالتقاط حينئذ يكون تضييعاً لمال المسلم يقينا وانعاباً لنفسه بالتعريف الذي لا يفيد والمخاطرة بدينه بترك الواجب من تعريفها وما هذا سبيله يجب أن يكون حراماً فكيف يكون فاضلاً وعلى هذا نقول لو لم يجب دفعها بالصفة لم يجز التقاطها لما ذكرناه وقول النبي ﷺ «البينة على المدعي» يعني إذا كان ثم منكر لقوله في سياقه «واليمين على من أنكر» ولا منكرها هنا على أن البينة تختلف وقد جعل النبي ﷺ بينة مدعي القطة وصفها فإذا وصفها فقد أقام بينته وقياس القطة على المصوب غير صحيح فإن النزاع ثم في كونه منصوباً والاصل عدمه وقول المنكر يعارض دعواه فاحتجج إلى البينة وهنا قد ثبت كون هذا المال لقطة وإن له صاحباً غير من هو في يده ولا مدعي له إلا الواصف وقد ترجح صدقه فينبغي أن يدم إليه

(فصل) فإن وصفها اثنان اقرع بينهما فن وقعت له القرعة حلف أنها له وسلمت إليه وهكذا إن أقام بينتين اقرع بينهما فن وقعت له القرعة حلف ودفعت إليه ذكره القاضي وقال أبو الخطاب تقسم بينهما لأنها تساويان فيما يستحق به الدفع فتساويان فيها كما لو كانت في أيديهما والذي قلنا، أصح وأشبه بأصولنا فيما إذا تداعيا عينا في يد غيرهما ولأنها تداعيا عينا في يد غيرهما وتساويان في البينة أو في عدمها فتكون لمن وقعت له القرعة كما لو ادعيا ودية في يد إنسان فقال في لحد كما لا أعرفه عينا وفارق

(فصل) نقل الفضل ابن زياد عن أحد إذا تنازع صاحب الدار والسكنى في دفن في الدار فقال كل منهما أنا دفنته يمين كل واحد منهما ما الذي دفن فكل من أصاب الوصف فهو له وذلك لأن ما يوجد من الدفن في الأرض مما عليه علامة للمسلمين فهو لقطة والقطة لا تحقق بوصفها ولأن المصيب للوصف في الظاهر هو من كان ذلك في يده فكان أحق به كما لو تنازعه اجنبيان فوصفه أحدهما

(فصل) ومن وجد لقطة في دار الحرب فكان في جيش فقال أحمد يعرفها سنة في دار الإسلام ثم يطرحها في المقسم أما عرفها في دار الإسلام لأن أهوال أهل الحرب مباحة ويجوز أن تكون لمسلم وقد لا يمكنه المقام في دار الحرب لتعريفها ومعناه والله أعلم أنه يتم التعريف في دار الإسلام فاما ابتداء التعريف فيكون الجيش الذي هو فيه لأنه يحتمل أن تكون لأحدهم فإذا قلنا يتم التعريف في دار الإسلام فاما أن دخل دارهم بأمان فينبغي أن يعرفها في دارهم لأن أموالهم محرمة عليه فإذا لم تعرف ملكها كما يمكنها في دار الإسلام وإن كان في الجيش طارحها في المقسم بعد التعريف لأنه وصل إليها بقوة الجيش فأشبهت مباحات دار الحرب إذا أخذ منها شيئاً فإن دخل اليهم متلصصاً فوجد لقطة عرفها في دار الإسلام لأن أموالهم مباحة له ثم يكون حكمها حكم غنيمة ويحتمل أن تكون غنيمة له لا تحتاج إلى تعريف لأن الظاهر أنها أموالهم وأموالهم غنيمة والله أعلم

ما إذا كانت في أيديهما لأن يد كل واحد منهما على نصفه فرجح قوله فيه وإن وصفها إنسان فأقام آخر البيعة أنها له فهي لصاحب البيعة لأنها أقوى من الوصف فإن كان الوصف قد أخذها أنزعته منه وردت إلى صاحب البيعة لأننا تبينا أنها له فإن كان قد هلك فصاحبها تضمن من شاء من الوصف أو الدافع إليه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ويخرج أن لا يلزم الملتقط شيء وهذا قول ابن القاسم صاحب مالك وأبو عبيد لأنه فعل ما أمر به لأنه أمين غير مفرط ولا مقصر فلا يضمن كما لو دفعها بأمر الحاكم ولأن الدفع واجب عليه فصار الدفع بغير اختياره فلم يضمنها كما لو أخذها كرها

ولنا أنه دفع مال غيره إلى غير مستحقه اختياراً منه فضمنه كما لو دفع الوديعة إلى غير مالكها إذا غلب على ظنه أنه مالكها فأنما إن دفعها بحكم حاكم لم يملك صاحبها مطالبة الدافع لأنها مأخوذة منه على سبيل القهر فلم يضمنها كما لو غصبها غاصب ومتى ضمن الوصف لم يرجع على أحد لأن العدوان منه والتلف عنده فإن ضمن الدافع رجع على الوصف لأنه كان سبب تفريره إلا أن يكون الملتقط قد أقر الوصف أنه صاحبها ومالكها فإنه لا يرجع عليه لأنه اعترف أنه صاحبها ومستحقها وإن صاحب البيعة ظلمه بتضمينه فلا يرجع به على غير من ظلمه وإن كانت القطة قد تلفت عند الملتقط فضمنه أياها رجع على الوصف بما غرمه وليس للمالك تضمين الوصف لأن الذي قبضه إنما هو مال الملتقط لا مال صاحب القطة بخلاف ما إذا سلم العين فأما إن وصفها إنسان فأخذها ثم جاء آخر فوصفها وأدعاهالم

(مسئلة) وهي على ثلاثة أضرب (حيوان) فيخير بين أكله في الحال وعليه قيمته وبين بيعه وحفظه منه وبين تركه والاتفاق عليه من ماله وهل يرجع به ؟ على وجهين وجهلة ذلك أن ملتقط الشاة وما كان مثله مما يباح أكله بتخير ملتقطها بين ثلاثة أشياء (أحدها) أكلها في الحال وبه قال مالك وأبو حنيفة والشافعي وغيرهم قال ابن عبد البر اجمعوا على أن ضالة الغنم في الموضع المحرف عليها له أكلها لقول النبي ﷺ «هي لك أو لأخيك أو للذئب» جعلها له في الحال وسوي بينه وبين الذئب والذئب لا يؤخر أكلها ولأن في أكلها في الحال اغناء عن الاتفاق عليها وحراسته لما ليتها على صاحبها إذا جاء فإنه يأخذ قيمتها بكاملها وفي إبقائها تضيق المال بالاتفاق عليها والفرامة في علنها فكان أكلها أولى وإذا أراد أكلها حفظ صفتها فتي جاء صاحبها غرمها له في قول عامة أهل العلم وقال مالك أكلها ولا غرم عليك لصاحبها ولا تعريف لها القول رسول الله ﷺ «هي لك» ولم يوجب فيها تعريفاً ولا غرمًا ولأنه سوي بينه وبين الذئب والذئب لا يعرف ولا يعرف قال ابن عبد البر لم يوافق مالك أحد من العلماء على قوله وقول النبي ﷺ في حديث عبد الله بن عمر «ورد على أخيك ضالته» دليل على أن الشاة على ملك صاحبها ولأنها لقطة لها قيمة وتبيعها النفس فتجب غرامتها لصاحبها إذا جاء كغيرها ولأنها ملك لصاحبها فلم يجرئ ملكها عليه بغير عوض من غير رضاه كما لو كانت بين البنيان ولأنها عين يجب ردها مع بقائها فوجب غرمها إذا ألتفها كقطة الذهب وكون النبي ﷺ قال «هي لك» لا يمنع وجوب غرامتها فإنه قد أذن في لقطة

يستحق شيئاً لأن الأول استحقها لوصفه إياها وعدم المنازع فيها وثبتت يده عليها ولم يوجد ما يقتضي انتزاعها منه فوجب إبقاؤها له كسائر ماله

(فصل) ولو جاء مدع القطة فلم يصفها ولا أقام بينة أنها له لم يحجز دفعها اليه سواء غلب على ظنه صدقه أو كذبه لأنها أمانة فلم يحجز دفعها اليه من لم يثبت أنه صاحبها كالوديعة فإن دفعها فجاء آخر فوصفها أو أقام بينة لزم الوصف غرامتها له لأنه فوتها على مالكها بتفريطه وله الرجوع على مدعيها لأنه أخذ مال غيره ولصاحبها تضمين أخذها فإذا ضمنه لم يرجع على أحد وان لم يأت أحد يدعيها فلا يلتقط مطالبة أخذها به لأنه لا يأمن من محبي صاحبها فيقرمه إياها ولأنها أمانة في يده فلاك أخذها من غاصبها كالوديعة

(مسئلة) (قال أو مثلاً ان كانت قد استهلك)

وجملة ذلك أن القطة في الحول أمانة في يد الملتقط أن تلفت بغير تفريطه أو نقصت فلا ضمان عليه كالوديعة ومتى جاء صاحبها فوجدها أخذها بزيادتها المتصلة والمنفصلة لأنها تمام ملكه وإن أتلفها الملتقط أو تلفت بتفريطه ضمنها بمثلها إن كانت من ذوات الامثال وبقيمتها إن لم يكن لها مثل لا أعلم في هذا خلافاً وإن تلفت بعد الحول ثبت في ذمته مثلاً أو قيمتها بكل حال لأنها دخلت في ملكه وتلفت من ماله وسواء فرط في حفظها أو لم يفرط وإن وجد العين ناقصة وكان نقصها بعد الحول

الذهب والورق بعد تعريفها في أكلها وانفاقها وقال دهمي كسائر مالك ثم أجمعنا على وجوب غرامتها كذلك الشاة ولا فرق في إباحة أكلها بين وجدانها في الصحراء أو في المصر وقال مالك وأبو عبيد وابن المنذر وأصحاب الشافعي ليس له أكلها في المصر لأنه يمكن بيعها بخلاف الصحراء.

وأما أن ما جاز أكله في الصحراء جاز في المصر كسائر المأكولات ولأن النبي ﷺ قال هي لك ولم يستفصل ولأن أكلها مطلق بما ذكرنا من الاستثناء عن الانفاق عليها وهذا في المصر أشد منه في الصحراء (الثاني) تركها والانفاق عليها من ماله ولا يملكها فإن تركها ولم ينفق عليها ضمنها لأنه فرط فيها وإن أنفق عليها متبرعاً لم يرجع على صاحبها فإن أنفق بنية الرجوع على صاحبها وأشهد على ذلك رجع عليه بما أنفق في إحدى الروايتين نص عليه أحمد في رواية المروذي في طيرة أفرخت عند قوم فقضى أن الفرائخ لصاحب الطيرة ويرجع بالعلف إذا لم يكن متطوعاً وقضى عمر بن عبد العزيز فيمن وجد ضالة فأنفق عليها فجاء ربها فإنه يقرم له ما أنفق وذلك أنه أنفق على القطة لحفظها فكان من مال صاحبها كقوة تجفيف الرطب والعنب، (والثانية) لا يرجع بشيء وهو قول الشعبي والشافعي ولم يعجب الشعبي قضاء عمر بن عبد العزيز لأنه أنفق على مال غيره بغير إذنه فلم يرجع به كما لو بنى داره ويفارق العنب والرطب فإنه قد يكون تجفيفه والانفاق عليه أحظ لصاحبه لأن النفقة عليه لا تتكرر والحيوان يتكرر الانفاق عليه فربما اشتغرت ثمنه فكان يبعه وأكله أحظ فذلك لم يرجع

أخذ العين وارش نقصها لان جميعها مضمون اذا تلت فكذلك اذا نقصت وهذا قول أكثر العلماء الذين حكموا بملكها لما بمضي حول التعريف وأما من قال لا يملكها حتى يملكها لم يضمه إياها حتى يملكها وحكمها قبل تملكها إياها حكمها قبل مضي حول التعريف ، ومن قال لا تملك القطة بحال لم يضمه إياها وبهذا قال الحسن والنخعي وأبو مجلز والحارث العكلي ومالك وأبو يوسف قالوا لا يضم إن ضاعت بعد الحول وقد ذكرنا فيما تقدم دلائل دخولها في ملكه ، وقال داود إذا تملك العين وألفها لم يضمها

وحكي ابن أبي موسى عن أحمد أنه لوح إلى مثل هذا القول لحديث عياض بن حمار عن النبي ﷺ أنه قال « فان جاء ربها والا فهي مال الله يؤتيه من يشاء » فجعله مباحا ، وقوله في حديث أبي ابن كعب فان جاء من يعرفها والا فهي كسبيل مالك . وفي حديث زيد « فان جاء صاحبها والا فشأنك بها » وروى في ذلك ولم يأمره برد بدلها

ولنا قول النبي ﷺ « فان لم تعرف فاستنقها ولتكن ودعة عندك فان جاء طالبها يوما من الدهر فادفعها اليه » وقال الأثرم قال أحمد اذهب إلى حديث الضحاك بن عثمان جوده ولم يروه أحد مثل ما رواه « ان جاء صاحبها بعد سنة وقد أنفقها ردها اليه » لأنها عين يلزم ردها لو كانت باقية فيلزمه ضمانها اذا ألفتها كالحول ولأنه مال معصوم فلم يجوز اسقاط حقه منه مطلقا كالأمر اضطر إلى مال

المتفق عليها بما انفق (الثالث) بيعها وحفظ ثمنها لصاحبها وله ان يتولى ذلك بنفسه وقال بعض اصحاب الشافعي يبيعها باذن الامام

ولنا انه اذا جاز له اكلها من غير اذن فيبيعها أولى ولم يذكر اصحابنا لما تعريفها في هذه المواضع وهو قول مالك لقول النبي ﷺ « خذها قائما هي لك او لاختك او لذئب » ولم يأمر بتعريفها كما أمر في لقطة الذهب والورق

ولنا انها لقطة لما خطر فوجب تعريفها كالطعم والكثير وإنما ترك ذكر تعريفها لانه ذكرها بعد بيان التعريف فيها سواها فاستغنى بذلك عن ذكره فيها ولا يلزم من جواز التصرف فيها في الحول سقوط تعريفها كالطعم واذا أراد بيعها أو أكلها لزمه حفظ صفاتها الحديث زيد بن خالد وسند ذكره ان شاء الله (فصل) واذا أكلها ثبتت قيمتها في ذمته ولا يلزمه عزلها لعدم النائدة فيه فانها لا تنقل من الذمة في المال المعزول ولو عزل شيئا ثم افلس كان صاحب القطة أسوة الغرماء ولم يختص بالمال المعزول فأما ان باعها وحفظ ثمنها وجاء صاحبها أخذه ولم يشاركه فيه أحد من الغرماء لانه عين ماله ولا شيء للفلس فيه فهو كالودعة

(مسئلة) (الثاني) ما يخشى فساده فيخير بين بيعه وأكله ان كان مما لا يمكن تجفيفه كالنأ كة التي لا تجفف والطبيخ والخضروات فهو مخير بين أكله وبيعته وحفظ ثمنه ولا يجوز ابقاؤه لانه يتلف

غيره ، وإن وجد العين زائدة بعد الحول زيادة متصلة أخذها بزيادتها لأنها تتبع في الرد بالعيب والاقالة فتبعت ههنا ، وإن حدث بعد الحول لها ما منفصل فهو الملتقط لأنه ما ملكه متميز لا يتبع في الفسوخ فكان له كناء المبيع إذا رد بعيب

وذكر أبو الخطاب فيه وجها آخر بناء على المفلس إذا استرجعت منه العين بعد أن زادت زيادة متميزة والولد إذا استرجع أبوه ما وهب له بعد زيادته والصحيح أن الزيادة للملتقط لما ذكرناه وكذلك الصحيح في الموضعين الذين ذكرهم أن الزيادة لمن حدثت في ملكه ثم الفرق بينهما أنا في مسئلتنا بصمن النقص فتكون له الزيادة ليكون الخراج بالنضمان وتم لا ضمان عليه فأمكن أن لا يكون الخراج له والله أعلم ومتى اختلفنا في القيمة أو امثل فالقول قول الملتقط مع يمينه لأن الأصل براءة ذمته مما حلف عليه

(فصل) وإن وجد العين بعد خروجها من ملك الملتقط ببيع أو هبة أو نحوه لم يكن له الرجوع فيها وله أخذ بدلها لأن تصرف الملتقط وقع صحيحا لكونها صارت في ملكه وإن صادفها قدرجعت إلى الملتقط بفسخ أو شراء أو غير ذلك فله أخذها لأنه وجد عين ماله في يد ملتقطه فكان له أخذه كالزوج إذا طلق قبل الدخول فوجد الصداق قد رجع إلى المرأة وسائر أحكام الرجوع ههنا كحكم رجوع الزوج على ما ذكره في موضعه إن شاء الله تعالى

(فصل) إذا أخذ القطة ثم ردها إلى موضعها ضمنها ، روي ذلك عن طاوس وبه قال الشافعي

فإن تركه جتي تلف ضمنه لأنه فرط في حفظه فهو كالوديعة فإن أكله ثبتت القيمة في ذمته على ما ذكرنا في الشاة وهذا ظاهر مذهب الشافعي وله أن يتولى بيعه بنفسه وقال أصحاب الشافعي ليس له بيعه إلا بأذن الحاكم فإن عجز عنه جاز البيع بنفسه لأنه حال ضرورة فأما مع القدرة على استئذانه فلا يجوز من غير إذنه لأنه مال معصوم لا ولاية عليه فلم يجوز لغير الحاكم بيعه كغير الملتقط

ولنا أنه مال أبيع للملتقط أكله فأبيع له بيعه كاله ومتى أراد بيعه أو أكله حفظ صفاته ثم عرفه عامداً على ما ذكره فإن تلف الثمن قبل تملكه من غير تفريط أو نقص أو تلفت العين أو نقصت من غير تفريط فلا ضمان عليه وإن تلف أو نقص بتفريطه أو تلفت القطة بتفريطه فعليه ضمانه وكذلك إن تلف بعد تملكه أو نقص وإن كان مما يمكن تجفيفه كالعنب والرطب فينظر ما فيه الحظ للمالكه فإن كان في التجفيف فعله ولم يكن له إلا ذلك لأنه مال غيره فله فله ما فيه الحظ لصاحبه كولي اليتيم

(مسألة) (وفرامة التجفيف منه وله بيع بعضه في ذلك)

لأنه موضع حاجة فإن أنفق من ماله رجع به لأن النفقة ههنا لا تكرر بخلاف نفقة الحيوان فلها تكرر فربما استوعبت قيمته فلا يكون لصاحبه حظ في أمساكها إلا باسقاط النفقة وإن كان الحظ في بيعه باعه وحفظ ثمنه كالطعام الرطب فإن تعذر بيعه ولم يمكن تجفيفه تعين أكله كالطيخ وإن كان أكله أنفع لصاحبه فله أكله أيضاً قال شيخنا ويقتضي قول أصحابنا أن العروض لا يملك بالتعريف وإن هذا كله لا يجوز له أكله لكن بخير بين

وقال مالك لا ضمان عليه لما روى الأثرم عن القعنبى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن ثابت بن الضحاك عن حماد قال قال رجل وجد بعيراً أرسله حيث وجدته ، ولما روي عن جرير ابن عبد الله أنه رأى في بقره بقرة قد لحقت بها فأمر بها فطردت حتى توارت ولنا أنها أمانة حصلت في يده فلزمه حفظها فإذا ضيعها لزمه ضمانها كما لو ضيع الودبة ولأنها لما حصلت في يده لزمه حفظها وتركها تضيعها فأما حديث عمر فهو في الضالة التي لا تحل ، فأما مالا يهل التقاطه إذا أخذه فيحتمل أن له رده إلى مكانه ولا ضمان عليه لهذه الآثار ولأنه كان واجبا عليه تركه في مكانه ابتداء فكان له ذلك بعد أخذه ويحتمل أن لا يبرأ من ضمانه برده فانه دخل في ضمانه فلم يبرأ من ضمانه برده إلى مكانه كالمسروق وما يجوز التقاطه فعلى هذا لا يبرأ إلا برده إلى الامام أو نائبه . وأما عمر فهو كان الامام فإذا أمر برده كان كأخذه منه وحديث جرير لا حاجة فيه لانه لم يأخذ البقرة ولا أخذها غلامه انما لحقت بالبقر من غير فعله ولا اختياره

(فصل) وإن ضاعت القطعة من ملتقطها بغير تفريط فلا ضمان عليه لأنها أمانة في يده فأشبهت الودبة فإن التقطها آخر فعرف أنها ضاعت من الاول فعليه ردها اليه لانه قد ثبت له حق التحول وولاية التعريف والحفظ فلا يزول ذلك بالضياح فان لم يعلم الثاني بالحال حتى عرفها حولا ملكها لان سبب الملك وجد منه من غير عدوان فيثبت الملك به كالاول ولا يملك الاول انتزاعها لان الملك مقدم

الصدقة به وبين بيعه وقد قال احمد فيمن وجد في منزله طعاما لا يعرفه : يعرفه مالم يخش فساد فساد فساد تصدق به فان جاء صاحبه غرمه وكذلك قال مالك واصحاب الرأي في لقطة مالا يبقى سنة يتصدق به وقال الثوري يبيعه ويتصدق بثمنه

ولنا على جواز اكله قول النبي ﷺ في ضالة الغنم لاخذها فانها ملك ولا خليك اول الذئب وهذا تجوز للاكل فاذا جاز أكل ما هو محفوظ بنفسه فما يفسد ببقائه أولى وعن احمد انه يبيع اليسير ويرفع الكثير الى الحاكم لان الكثير مال لغيره لم يأذن له في بيعه فيكون امره الى الحاكم واما اليسير فتدخله المسامحة ويشق رفعه الى السلطان وربما تضيع عند السلطان

(مسئلة) (الثالث) سائر المال فيلزمه حفظه ويعرف الجميع بالنداء عليه في مجامع الناس كالاسواق وابواب المساجد في اوقات الصلوات حولا كاملا من ضاع منه شيء او نفقة واجرة المتأدي عليه) وجعله ذلك ان في التعريف فصولا ستة في وجوبه وقدره وزمانه ومكانه ومن يتولاه وكيفيته اما وجوبه فهو واجب على كل ملتقط سواء اراد تملكها أو حفظها لصاحبها الا في اليسير الذي لا تتبعه النفس وقد ذكرناه وقال الشافعي لا يجب على من اراد حفظها لصاحبها

ولنا ان النبي ﷺ أمر به زيد بن خالد وأبي بن كعب ولم يفرق ولان حفظها لصاحبها انما فائدته ايصالها اليه وطريقه التعريف اما بقاؤها في يد الملتقط من غير وصولها الى صاحبها فهو وهلاكها سيان ولان امساكها

على حق التملك وإذا جاء صاحبها فله أخذها من الثاني وليس له مطالبة الاول لانه لم يفرط ، وإن علم الثاني بالاول فردها اليه فأبى أخذها وقال عرفها أنت فعرفها ملكها أيضاً لان الاول ترك حقه فسقط وإن قال عرفها ويكون ملكها لي ففعل فهو مستدب له في التعريف وبملكها الاول لانه وكله في التعريف فصح كما لو كانت في يد الاول ، وإن قال عرفها وتكون بيننا ففعل صح أيضاً وكانت بينهما لانه أسقط حقه من نصفها ووكله في الباقي ، وإن قصد الثاني بالتعريف تملكها لنفسه دون الاول احتمال وجهين (أحدهما) يملكها لان سبب الملك وجد منه فملكها كما لو أذن له الاول في تعريفها لنفسه (والثاني) لا يملكها لان ولاية التعريف للاول أشبه مالهو غصبها من الملتقط غاصب فعرفها وكذلك الحكم إذا علم الثاني بالاول فعرفها ولم يعلم بها ويشبه هذا المنحجر في الموات إذا سبقه غيره إلى ما حجرة فأحياء بغير اذنه ، فأما ان غصبها غاصب من الملتقط فعرفها لم يملكها وجهاً واحداً لانه معتد بأخذها ولم يوجد منه سبب تملكها فان الالتقاط من جملة السبب ولم يوجد منه ويفارق هذا ما إذا التقطها ثلث فاته وجد منه الالتقاط والتعريف

(فصل) ومن اصطلاح سمكة فوجد فيها درة فهي لاصياد لان الدر يكون في البحر بدليل قول الله تعالى (وتستخرجون منه حلية تلبسونها فتكون لأخذها) فان باعها الصياد ولم يعلم فوجدتها المشتري في بطنها فهي لاصياد نص عليه أحمد لانه إذا لم يعلم ما في بطنها فلم يبعه ولم يرض بزوال ملكه عنه فلم

من غير تعريف تضميم لما عن صاحبها فلم يحجز كردها الي موضعها او القائها في غيره ولانه لو لم يجب التعريف لما جاز الالتقاط لان بقائها في مكانها إذا اقرب الى وصولها الى صاحبها اما ان يطلبها في الموضع الذي ضاعت منه فيجدها وأما بان يأخذها من يعرفها واخذ هذا لما يفوت الامرين فيحرم فلما جاز الالتقاط لزم وجوب التعريف كيلا يحصل هذا الضرر ولان التعريف واجب على من اراد تملكها وكذلك من اراد حفظها فان التملك غير واجب فلا تجب الوسيلة اليه فيلزم ان يكون الوجوب في الحل المشتق عليه لصيانتها عن الضياع عن صاحبها وهذا موجود في محل النزاع

(الفصل) الثاني في قدر التعريف وذلك سنة روي ذلك عن عمر وعلى وابن عباس وبه قول سعيد بن المسيب والشعبي ومالك والشافعي واصحاب الرازي وروى عن عمر رواية اخرى يعرفها ثلاثة اشهر وعنه ثلاثة اعوام لان ابي ابن كعب روي ان النبي ﷺ امره بتعريف مائة الدينار ثلاثة اعوام وقال ابو ايوب الماشعي مادون الخمين درهم يعرفها ثلاثة ايام الى سبعة ايام وقال الحسن بن صالح مادون عشرة دراهم يعرفها ثلاثة ايام وقال الثوري في الدرهم يعرفه اربعة ايام وقال اسحق مادون الدينار يعرفه جمعة أو نحوها وروي ابو اسحق الجوزجاني باسناده عن يولي بن امية قال : قال رسول الله ﷺ من التقط درهما أو حبلاً أو شبه ذلك فليعرفه ثلاثة ايام فان كان فوق ذلك فليعرفه سبعة ايام ولنا حديث زيد بن خالد الصحيح فان النبي ﷺ امره بعام واحد ولان السنة لا تأخر عنها

يدخل في البيع من باع داراً له مال مدفون فيها، وإن وجد في بطنها عنبرة أو شيئاً مما يكون في البحر فهو للصيد لما ذكرنا وحكمه حكم الجوهرة، وإن وجد دراهم أو دنانير فهي لقطة لأن ذلك لا يخلق في البحر ولا يكون إلا لآدمي فيكون لقطة كما لو وجد في البحر، وكذلك الحكم في الدرّة إذا كان فيها أثر لآدمي مثل أن تكون مثقوبة أو متصلة بذهب أو فضة أو غيرها فإنها تكون لقطة لا يملكها الصياد لأنها لم تقع في البحر حتى تثبت اليد عليها فهي كالدينار، وكذلك الحكم في العنبرة إذا كانت موصولة بذهب أو فضة أو مصنوعة كالنفاحة مثقوبة ونحو ذلك مما لا يخلق عليه في البحر فهي لقطة، وإن وجدها الصياد فعليه تعريفها لأنه ملقطها، وإن وجدها المشتري فالتعريف عليه لأنه واجدها ولا حاجة إلى البداية بالبائع فإنه لا يمتثل أن تكون السمكة ابتلعت ذلك بعد اصطيدها وملك الصياد لما فاستوى هو وغيره فأما أن اشترى شاة ووجد في بطنها درة أو عنبرة أو دنانير أو دراهم فهي لقطة يعرفها ويبدأ بالبائع لأنه يمتثل أن تكون ابتلعتها في ملكه فيبدأ به نقولنا في مشتري الدار إذا وجد فيها مالا مدفوناً، وإن اصطاد السمكة من غير البحر كالنهر والعين فتحكمها حكم الشاة في أن ما وجد في بطنها من ذلك فهو لقطة درة كانت أو غيرها لأن ذلك لا يكون إلا في البحر بحكم العادة، ويحتمل أن تكون الدرّة للصيد لقول الله تعالى (ومن كل تأكلون لحماً طرياً وتستخرجون حليه تلبسونها)

القوافل ويعضي فيها الزمان الذي تقصد فيه البلاد من الحر والبرد والاعتدال فصلحت قدراً كدة أجل العنين فلما حديث أبي فقد قال الراوي لا ادري ثلاثة اعوام او عام واحد قال ابو داود شك الراوي في ذلك وحديث يعلى لم يقل به قائل على وجهه وحديث زيد وابي أصبح منه وأولى اذا ثبت هذا فانا يجب ان تكون هذه السنة تلي الالتقاط وتكون متوالية لان النبي ﷺ امر بتعريفها حين سئل عنها والامر يقتضي الفور ولأن القصد بالتعريف وصول الخبر إلى صاحبها وذلك يحصل بالتعريف عقيب ضياعها متوالياً لأن صاحبها في الغالب إنما يطلبها عقيب ضياعها فيجب تخصيص التعريف به

(الفصل الثالث) في زمانه وهو النهار دون الليل لأن النهار مجمع الناس وملتقام بخلاف الليل ويكون ذلك في اليوم الذي وجدها والاسبوع لأن الطالب فيه أكثر ولا يجب فيما بعد ذلك متوالياً وقد روي الجوزجاني بإسناده عن معاوية بن عبد الله بن بدر الجهني قال نزلنا مناخرك فوجدت خرقة فيها قريب من مائه دينار فجننت بها إلى عمر فقال عرفنا ثلاثة أيام على باب المسجد ثم أمسكها حتى قرن السنة ولا يقدم من ركب إلا انشدتها وقلت الذهب بطريق الشام ثم شأنك بها

(الفصل الرابع) في مكانه وهو الأسواق وأبواب المساجد والمواضع في الوقت الذي يجتمعون فيه كادبار الصلوات في المساجد وكذلك في مجامع الناس لأن المقصود إشاعة ذكرها وإظهارها ليظهر عليها صاحبها فيجب تهرى مجامع الناس ولا ينشدها في المسجد ولأن المسجد لم يبن لهذا وروى

(فصل) وإن وجد عنبرة على ساحل البحر فهي له لانه يمكن أن يكون البحر ألقاها والاصل عدم الملك فيها فكانت مباحة لآخذها كالصيد . وقد روى سعيد قال حدثنا امما عيل بن عياش عن معاوية ابن عمرو العبدي قال أتني بحر عدن عنبرة مثل البعير فأخذها ناس بعدن فكتب إلى عمر بن عبدالعزيز فكتب اليانا أن خذوا منها الخمس وادفعوا اليهم سائرها ، وإن باعوكوها فاشتروها فأردنا أن نزنها فلم نجد ميزانا يخرجها فقطعناها باثنين ووزناها فوجدناها ستمائة رطل فأخذنا خمسها ودفعنا سائرها اليهم ثم اشتريناها بخمسة آلاف دينار وبعناها بها إلى عمر بن عبدالعزيز فلم يلبث الا قليلا حتى باعها بثلاثة وثلاثين ألف دينار

(فصل) وإن صاد غزالا فوجده مخضوبا أو في عنقه حرز أو في أذنه قرط ونحو ذلك مما يدل على ثبوت اليد عليه فهو لقطة لان ذلك دليل على أنه كان مملوكا ، وقال أحمد فيمن اتى شبكة في البحر فوقعت فيها سمكة فنجذبت الشبكة فمرت بها في البحر فصادها رجل فان السمكة لذى حازها والشبكة يعرفها ويدفعها إلى صاحبها فجعل الشبكة لقطة لانها مملوكة لآدمي والسمكة لمن صادها لانها كانت مباحة ولم يملكها صاحب الشبكة لكون شبكته لم تثبتها فثبتت على الاباحة ، وهكذا لو نصب فخا أو شركا فوقع فيه صيد من صيود البر فأخذه وذهب به وصاده آخر فهو لمن صاده ويرد الآلة إلى صاحبها فهي لقطة يعرفها . وقال أحمد في رجل انتهى إلى شرك فيه حمار وحش أو ظبية قد شارف الموت فخلصه وذبحه: هو لصاحب الاحبولة وما كان من الصيد في الاحبولة فهو لمن نصبها ، وإن كان بازيا أو صقرا أو عقابا، وسئل عن بازي أو صقر أو كلب معلم أو فهد ذهب عن صاحبه فدعاه فلم يجبه ومروا في

أبو هريرة عن النبي ﷺ انه قال « من سمع رجلا ينشد ضالته في المسجد فليقل لاردها الله عليك فان المساجد لم تبين لهذا » وأمر عمر وأجد القطة بتعريفها على باب المسجد

(الفصل الخامس) في كيفية تعريفها فيذكر جنسها لا غير فيقول من ضاع منه ذهب أو فضة أو أو دراهم أو دنانير أو ثياب ونحو ذلك لقول عمر رضي الله عنه لو وجد الذهب قل الذهب بطريق الشام ولا تصفها لانه لو وصفها لعلم صفتها من يسمعه فلا تبقى صفتها دليلا على مالها لمشاركة من يسمعه للمالك في ذلك ولانه لا يأمن ان يدعيها من سمع صفتها ويذكر صفتها التي يجب دفعها بها فيأخذها فتفوت على مالها (الفصل السادس) فيمن يتولى تعريفها والملة تولى ذلك بنفسه وإن يستنيب فيها فأن وجد متبرعا بذلك والا استأجر والاجرة على الملة تولى وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي واختار أبو الخطاب انه ان قصد حفظها المالك ادون تملكها رجع بالاجرة عليه وكذلك قال ابن عقيل في مال يملك بالتعريف لانه من مؤنة ايصالها إلى مالكها فكان على مالكها كونه نجيها واجرة مخزنها

ولنا ان هذا اجر واجب على المرف ولانه لو وليه بنفسه لم يكن له اجر على صاحبها فكذلك

الأرض حتى أتى لذلك أيام فأتى قرية فسقط على حائط فدعاه رجل فأجابته قال يردّه على صاحبه قيل له فان دعاه فلم يجبه فنصب له شركا فصاده به ؟ قال يردّه على صاحبه فجعل هذا لصاحبه لانه قد ملكه فلم يزل ملكه عنه بذهابه عنه والسحكة في الشبكة لم يكن ملكها ولا حازها وكذلك جعل ما وقع في الحيوالة من البازي والصقر والعقاب لصاحب الحيوالة ولم يجعله ههنا لمن وقع في شركه لان هذا فيما علم انه قد كان مملوكا لانسان فذهب وانما يعلم هذا بالخبر أو بوجود ما يدل على الملك فيه مثل وجود السير في رجله واثار التعلم مثل استجابته للذي يدعوه ونحو ذلك ، ومتى لم يوجد ما يدل على أنه مملوك فهو لمن اصطاده لان الاصل عدم الملك فيه واباحته

(فصل) ومن أخذت ثيابه من الحمام ووجد بدلها وأخذ مدامه وترك له بدله لم يملكه بذلك قال ابو عبدالله فيمن سرقت ثيابه ووجد غيرها : لم يأخذها فان أخذها عرفها سنة ثم تصدق بها ، انما قال ذلك لان سارق الثياب لم تجر بينه وبين مالكها معاوضة تقتضي زوال ملكه عن ثيابه فاذا أخذها فقد أخذ مال غيره ولا يعرف صاحبه فيعرفه كالقطة ، ويحتمل أن ينظر في هذا فان كانت ثم قرينة تدل على السرقة بأن تكون ثيابه أو مدامه خيرا من المتروكة وكانت مما لا تشبه على الاخذ بثيابه ومدامه فلا حاجة إلى التعريف لان التعريف انما جعل في المال الضائع عن ربه ليعلم به ويأخذه وتارك هذا عالم به راض ببدله عوضا عما أخذه ولا يعترف أنه له فلا يحصل في تعريفه فائدة فاذا هو ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص وفيما يصنع بها ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يتصدق به على ما ذكرنا

إذا استأجر عليه ولأنه سبب الملكها فكان على الملتقط كالأقصد بملكها ، وقال مالك ان اعطى منها شيئا لمن عرفه فلا غرم عليه كما لو دفع منها شيئا لمن حفظها وقد ذكرنا الدليل على ذلك

(نصل) اذا أخر التعريف عن الحول الاول مع امكانه اثم لان النبي ﷺ امر به فيه والامر يقتضي الوجوب وقال في حديث عياض ابن حمار « لا تكتم ولا تنيب » ولان ذلك وسيلة الى ان لا يعرف صاحبها لان الظاهر انه بعد الحول يسلو عنها ويأس فيترك طلبها ويسقط التعريف بتأخيرها عن الحول الاول في المنصوص عن احمد لان حكمة التعريف لا تحصل بعده فان تركه في بعض الحول عرف ببقية ويتخرج ان لا يسقط التعريف بتأخيرها لانه واجب فلا يسقط بتأخيرها عن وقته كالعبادات وسائر الواجبات ولان التعريف في الحول الثاني يحصل به المقصود على نعمت من التصور فيجب الايمان به لقول النبي ﷺ « اذا امرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم » فعلى هذا اذا أخر التعريف بعض الحول أتى بالتعريف في بقية وأتمه من الحول الثاني وعلى كلا القولين لا يملكها بالتعريف فيما عد الحول الاول لان شرط الملك التعريف فيه ولم يوجد ولذلك لو ترك التعريف في بعض الحول الاول لا يملكها بالتعريف بعده لان الشرط لم يكمل وعدم بعض الشرط كعدم جميعه كما لو اختل بعض الطهارة في الصلاة فأما إن ترك التعريف في الحول الاول لعجزه عنه كالزبيض والمحبوس او لتسبانه ونحوه ففيه وجهان (أحدهما) حكمه

(الثاني) أن يباح له أخذها لأن صاحبها في الظاهر تركها له باذلاً إياها له عوضاً عما أخذ فصار كالبيع له أخذها بلسانه فصار كن قهر انساناً على أخذ ثوبه ودفع اليه درهما
(الثالث) أنه يردّها إلى الحاكم ليبيعها ويدفع اليه ثمنها عوضاً عن ماله . والوجه الثاني أقرب إلى الفرق بالناس لأن فيه نقماً لمن سرقت ثيابه بمحصول عوض عنها ونقماً لاسارق بالتخفيف عنه من الأثم وحفظاً لهذه الثياب المتروكة من الضياع ، وقد أباح بعض أهل العلم لمن له على انسان حق من دين أو غصب أن يأخذ من ماله من عليه الحق بقدر ما عليه إذا عجز عن استيفائه بغير ذلك فهنا مع رضاه من عليه الحق بأخذه أولى ، وإن كانت ثم قرينة دالة على أن الآخذ لثياب انما أخذها ظناً منه أنها ثيابه مثل أن تكون المتروكة خيراً من المأخوذة أو مثلها وهي مانسبة بها فينبغي أن يعرفها هنالك لأن صاحبها لم يتركها عمداً فهي بمنزلة الضائعة منه والظاهر أنه إذا علم بها أخذها ورد ما كان أخذه فتصير كالقطة في المعنى وبمسد التعريف إذا لم تعرف ففيها الوجه التي ذكرناها إلا أننا إذا قلنا يأخذها أو يبيعها الحاكم ويدفع اليه ثمنها فأما يأخذ بقدر قيمة ثيابه لا يزيد عليها لأن الزائد فاضل عما يستحقه ولم يرض صاحبها بتركها عوضاً عما أخذ فانه لم يأخذ غيرها اختياراً منه تركها ولا رضي بالمعاوضة بها ، وإن قلنا إنه يدفعها إلى الحاكم ليبيعها ويدفع اليه ثمنها فله أن يشتريها بثمن في ذمته ويسقط عنه من ثمنها ما قابل ثيابه ويتصدق بالباقي والله أعلم

(فصل) قال احمد فيمن عنده رهون قد أتى عليها زمان لا يعرف صاحبها يبيعها ويتصدق بثمنها فإن جاء صاحبها غرمها له وهذا محمول على من استوفى ديونه التي رهن الرهن بها فاما من لم يستوف

حكم من تركه غير عذر لأن تعريضه في الحول الاول سبب الملك والحكم ينتفي لانقضاء سببه سواء انتفي لعذر أو لذيرة والثاني يملكها بالتعريف في الحول الثاني لان لم يؤخره عن وقت امكانه اشبه تعريفها في الحول الاول

(مسئلة) فان لم تعرف دخلت في ملكه بعد الحول حكماً ككثيرات نص عليه احمد في رواية الجماعة وهو ظاهر كلام الحنفي قوله والا كانت كسائر ماله وعند أبي الخطاب لا تدخل ملكه حتى يختارواختلف أصحاب الشافعي فقال بعضهم كقولنا وقال قوم يملكها بالنية ومنهم من قال يملكها بقوله اخترت ملكها ومنهم من قال لا يملكها الا بقوله والتصرف فيها لأن هذا ملك بعوض فلم يحصل الا باختيار المملك كالتقراض

ولنا قول النبي ﷺ (فان جاء صاحبها والا نهي كسائر ماله) وقوله (فاستنقها) ولو وثف ملكها على تملكها لبيته له ولم يجوز له التصرف قبله وفي لفظه كلها وهذه الالفاظ كلها تدل على ما قلنا ولأن الانقضاء والتعريف سبب للملك فاذا تم وجب أن يثبت به الملك حكماً كالأحياء والأصطياد ولأنه سبب يملك به فلم يقف الملك بعده على قوله ولا اختياره كسائر الاسباب وذلك لأن المكلف ليس إليه

(فصل) ومتى عرف اللقطة حول لافم تعرف ملكها غنياً كان أو فقيراً روي ذلك عن عمرو ابن مسعود وثائفة رضي الله عنهم وبه قال عطاء والشافعي واسحق وابن المنذر وروي عن علي وابن عباس والشعبي والنخعي وطاوس وعكرمة نحو ذلك، وقال مالك والحسن بن صالح والثوري وأصحاب الرأي: يتصدق بها فإذا جاء صاحبها خير بين الأجر والغرم لما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه سئل عن اللقطة فقال « عرفها حولاً » وروي ثلاثة أحوال « فإن جاء ربها ولا تصدق بها فإذا جاء ربها فريض بالأجر والا غرمها » ولأنها مال لمعصوم لم يرض بزوال ملكه عنها ولا يوجد منه سبب يقتضي ذلك فلم يزل ملكه عنه كغيرها قالوا وليس له أن يملكها إلا أن أبا حنيفة قال له ذلك إن كان فقيراً من غرذوي القرني

﴿مسئلة﴾ قال (وإن كان الملتقط قد مات فصاحبها غريم بها)

وجلة ذلك أن الملتقط اذا مات والقطعة موجودة بعينها قام وارثه مقامه في انعام تعريفها إن مات قبل الحول وملكها بعد إتمام التعريف ، فان مات بعد الحول ورثها الوارث كسائر أموال الميت ومتى جاء صاحبها أخذها من الوارث كما يأخذها من الموروث فان كانت معدومة العين فصاحبها غريم للميت بمثلا إن كانت من ذوات الامثال أو بقيمتها ان لم تكن كذلك فأخذ ذلك من تركته ان انسعت لذلك ، وإن ضاقت التركة زاحم الغرماء ببدلها سواء تلفت بعد الحول بفعله أو بغير فعله لانها قد دخلت في ملكه بمغني الحول ، وإن علم أنها تلفت قبل الحول بغير تفريطه فلا ضمان عليه ولا شيء لصاحبها لانها أمانة في يده تلفت بغير تفريط فلم يضمنها كالوديعة ، وكذلك ان تلفت بعد الحول قبل تملكها من غير تفريط على رأي من رأى أنها لا تدخل في ملكه حتى يملكها وقد مضى الكلام في ذلك فاما ان لم يعلم تلفها ولم يجدوها في تركته فظاهر كلام الحرقي أن صاحبها غريم بها سواء كان قبل الحول أو بعده لان الاصل بقاؤها ، ويحتمل أن لا يلزم الملتقط شيء ويسقط حق صاحبها لان الاصل براءة ذمة الملتقط منها ويحتمل أن تكون تلفت بغير تفريطه فلا نشغل ذمته بالشك ، ويحتمل أنه ان كان الموت قبل الحول فلا شيء عليه لانها كانت أمانة عنده ولم تعلم جانيته فيها والاصل براءة ذمته منها ، وإن مات بعد الحول فهي في تركته لان الاصل بقاؤها الى ما بعد الحول ودخولها في ملكه ووجوب بدلها عليه فان قيل فقد قلتم ان صاحبها لو جاء بعد بيع الملتقط لها أو هبته لم يكن له الا بدلها فلم قلتم انها اذا اثبتت الى الوارث بملك صاحبها أخذها قلنا لان الوارث خليفة الموروث وانما يثبت له الملك فيها على الوجه الذي كان ثابتا لموروثه وملك موروثه فيها كان مراعا مشروطا بعدم مجيء صاحبها فكذلك ملك وارثه بخلاف ملك المشتري والمتهب فانها يملكان ملكا مستقرا

لما روي عياض بن حمار الجاشعي أن النبي ﷺ قال « من وجد اقطعة فليشهد عليها ذا عدل أو ذوي عدل ولا يكتم ولا يغيب فان وجد صاحبها فليردها عليه والا فهي مال الله يؤتيه من يشاء » رواه النسائي قالوا وما يضاف الى الله تعالى انما يملكه من يستحق الصدقة ونقل حنبل عن أحمد مثل هذا القول فانكره الحلال وقال ليس هذا مذهبا لاحمد

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث زيد بن خالد « فان لم تعرف فاستغفمها » وفي لفظ « وإلا فهي كسائر مالك » وفي لفظ « ثم كلها » وفي لفظ « فاستغفمها » وفي لفظ « فمأنتك بها » في حديث أبي بن كعب وفي لفظ « فاستمتع بها » وهو حديث صحيح ولان من ملك بالقرض ملك الاقطعة كالفقير ومن جازله الا لتقاط ملك به بعد التعريف كالفقير وحديثهم عن أبي هريرة لم يثبت ولا نقل في كتاب يعتمد عليه ولا به ودعواهم في حديث عياض أن ما يضاف الى الله تعالى لا يملكه الا من يستحق الصدقة

﴿مسئلة﴾ قال (وإن كان صاحبها جعل لمن وجدها شيئاً معلوماً فله أخذه إن كان التقطها بعد أن بلغه الجعل)

وجهة ذلك أن الجمالة في رد الضالة والآبق وغيرها جائزة وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً والاصل في ذلك قول الله عز وجل ولئن جاء به حل بعير وانا به زعيم . وروى أبو سعيد أن ناساً من أصحاب رسول الله ﷺ أنوا حياً من أحياء العرب فلم يقرؤم فيها ثم كذلك إذ بلغ سيد أولئك فقالوا هل فيكم راق ؟ فقالوا لم تقرؤنا فلا نفعل حتى نجعلوا لنا جملًا فجعلوا لهم قطعاً شياه فجعل رجل يقرأ بأمر القرآن ويجمع بزاقه ويتفل فبرأ الرجل فأتواهم بالشاء فقالوا لا نأخذها حتى نسأل عنها رسول الله ﷺ فسألوا النبي ﷺ فقال « وما أدراك انهارية ؟ خذوها واضربوا لي معكم بسهم » رواه البخاري ولأن الحاجة تدعو الي ذلك فإن العمل قد يكون مجهولاً كرد الآبق والضالة ونحو ذلك ولا تنعقد الاجارة فيه والحاجة داعية الى ردها وقد لا يجد من يتبرع به فدعت الحاجة إلى إباحة بذل الجمل فيه مع جهالة العمل لانها غير لازمة بخلاف الاجارة ألا ترى أن الاجارة لما كانت لازمة افتقرت الى تقدير مدة والعقود المجازة كالشركة والوكالة لا يجب تقدير مدتها ولأن المجازة لكل واحد منها تركها فلا يؤدي إلى أن يلزمه مجهول عنده بخلاف اللازمة . اذا ثبت هذا فإذا قال من رد علي ضالتي أو عبدي الآبق أو خاط لي هذا القبيص أو بنى لي هذا الحائط فله كذا وكذا صح وكان عقداً جائزاً لكل واحد منها الرجوع فيه قبل حصول العمل لكن إن رجع الجاعل قبل التلبس لها وبطلانها ظاهر فإن الأشياء كلها تضاف الى الله تعالى خلقاً وملكاً قال الله تعالى (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم)

﴿مسئلة﴾ (وعن أحمد لا يملك الا الأمان وهو ظاهر المذهب وهل له الصدقة بنهرها ؟ على روايتين) كلما جاز التقاطه ملك بالتعريف عند تمامه أماناً كان أو غيرها وهو ظاهر كلام الحرقى ونقل ذلك عن أحمد فروى عنه محمد بن الحكم في الصيد يقع في شبكته الكيس أو النحاس يعرفه سنة فإن جاء صاحبها وإلا فهو كسائر ماله وهذا نص في النحاس وقال ابن أبي موسى هل حكم العروض في التعريف وجواز التصرف بعد ذلك حكم الأمان ؟ على روايتين أظهرهما أنها كالأمان قال شيخنا ولا أعلم بين أكثر أهل العلم فرقاً بين الأمان والعروض في ذلك وقال أكثر أصحابنا لا يملك العروض بالتعريف قال القاضي نص عليه أحمد في رواية الجماعة واختلفوا فيما يصنع بها فقال أبو بكر وابن عقيل يعرفها أبداً وقال القاضي هو بالخيارين أن يقيم على تعريفها حتى يجيء صاحبها وبين دفعها الى الحاكم ليري رأيه فيها وهل له بيعها بعد الحول والصدقة بها ؟ على روايتين (احدها) يجوز كما يجوز الصدقة بالنصوب التي لا يعرف أربابها (والثانية) لا يجوز لانه يحتمل أن يظهر صاحبها فيأخذها وقال الحلال كل من روى عن أحمد روى عنه أنه يعرفه سنة ويتصدق به والذي روى عنه أنه يعرفها أبداً

بالعمل فلا شيء عليه ، وإن رجع بعد التلبس به فعليه العمل أجره مثله لأنه إنما حمل يعرض فلم يسلم له ، وإن فسخ العامل قبل إتمام العمل فلا شيء له لأنه أقطعت حق نفسه حيث لم يأت بما شرط عليه العوض وبصير كعامل المضاربة وإذا فسخ قبل ظهور الربح ولا بد أن يكون العوض معلوما والفرق بينه وبين العمل من وجهين

(أحدهما) أن الحاجة تدعو إلى كون العمل مجهولا بأن لا يعلم موضع الضالة والآبق ولا حاجة إلى جهالة العوض

(والثاني) أن العمل لا يصير لازما فلم يجب كونه معلوما والعوض يصير لازما بإتمام العمل فوجب كونه معلوما ، ويحتمل أن تجوز الجمالة مع جهالة العوض إذا كانت الجهالة لا تمنع التسليم نحو أن يقول من رد عبدي الآبق فله نصفه ومن رد ضايتي فله ثلثها فإن أحمد قال إذا قال الأمير في التزويج من جاء بعشرة ، وسفله رأس جازو قالوا إذا جعل جعلاً لمن يبدله على قلعة أو طريق سهل وكان الجمل من مال الكفار جازاً أن يكون مجهولاً كجارية يعينها العامل فتخرج ههنا مثله فأما إن كانت الجهالة تمنع التسليم لم تصح الجمالة وجهاً واحداً ، وإن كان العمل معلوما مثل أن يقول : من رد عبدي من البصرة أو بنى لي هذا الحائط أو خاط قيصي هذا فله كذا صح لأنه إذا صح مع الجهالة فمع العلم أولى ، وإن علقه بدة معلومة فقال من رد لي عبدي من العراق إلى شهر فله دينار ، أو من خاط قيصي هذا في اليوم فله درهم صح لأن المدة إذا جازت مجهولة فمع التدبير أولى فإن قيل الصحيح من المذهب أن مثل هذا لا يجوز في الإجارة فكيف أجزموه في الجمالة ؟ قلنا الفرق بينهما من وجوه (أحدها) أن الجمالة يحتمل فيها الضرر وتجوز

قول قديم رجع عنه واحتجوا بأنه قد روي عن ابن عمر وابن عباس وابن مسعود مثل قولهم ولاها لقطة لا تملك في الحرم فلا تملك في غيره كالأبل ولان الخبر ورد في الأمان وغيرها لا يساويها لعدم الغرض المتعلق بعينها فنلها لا يقوم مقامها من كل وجه

ولنا عموم الأحاديث في اللقطة فإن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال « عرفها سنة » ثم قال في آخره « نشأتك بها - أو - فانتفع بها » وفي حديث عياض بن حمار « من وجد لقطة وهو لفظ عام وقد روى الجوزجاني والاثرم في كتابيهما ثنا أبو نعيم ثنا هشام بن سعد قال حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال أتى رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله كيف ترى في متاع يوجد في الطريق المعتاد أو في قرية مسكونة ؟ قال « عرفه سنة فإن جاء صاحبه والا فتأنتك به » وروى أن سفيان بن عبد الله وجد عينة فأتي بها عمر بن الخطاب فقال عرفها سنة فإن عرفت والا فهي لك زاد الجوزجاني فلم تعرف فلقية بها الإمام فذكرها له فقال عمر هي لك أن رسول الله ﷺ أمرنا بذلك ورواه النسائي وهذا نص في غير الأمان وروى الجوزجاني بإسناده عن الحر بن الصباح قال كنت عند ابن عمر بمكة إذ جاءه رجل فقال أتى وجدت هذا البرد وقد تشدته وعرفته فلم يعرفه أحد وهذا يوم التروية يوم

جهة العمل والمدة بخلاف الاجارة . (الثاني) أن الجمالة عقد جائز فلا يلزمه بالدخول فيها مع الفرر ضرر بخلاف الاجارة فانها عقد لازم فاذا دخل فيها مع الفرر لزمه ذلك . (الثالث) . أن الاجارة إذا قلرت بمدة لزمه العمل في جميعها ولا يلزمه العمل بعدها فاذا جعم بين تقدير المدة والعمل فربما عمله قبل المدة فان قلنا يلزمه العمل في بقية المدة فقد لزمه من العمل أكثر من المقود عليه ، وإن قلنا لا يلزمه فقد خلا بعض المدة من العمل ، فان اقتضت المدة قبل عمله فآثر مناه أمام العمل فقد لزمه العمل في غير المدة المقود عليها ، وإن قلنا لا يلزمه العمل فما أتى بالمقود عليه من العمل بخلاف مسئلتنا فان العمل الذي يستحق به الجعل هو عمل مقيد بمدة ان أتى به فيها استحق الجعل ولا يلزمه شيء آخر ، وإن لم يَف به فيها فلا شيء له إذا ثبت هذا فانما يستحق الجعل من عمل العمل بعد أن يلفه ذلك لانه عوض يستحق بعمل فلا يستحقه من لم يعمل كالاجر في الاجارة

(فصل) ويجوز أن يجعل الجعل في الجمالة لواحد بعينه فيقول له ان رددت عدي فلان دينار فلا يستحق الجعل من برده سواء ، ويجوز أن يجعله لغير معين فيقول من رد عدي فله دينار فن رده استحق الجعل ويجوز أن يجعل لواحد في رده شيئاً معلوماً ولاً آخر أكثر منه أو أقل ويجوز أن يجعل للمتعين عوضاً ولسائر الناس عوضاً آخر لانه يجوز أن يكون الاجر في الاجارة مختلفاً مع التساوي في العمل فهنا أولى فان قال من رد لقمي فله دينار فردها ثلاثة فاهم الدينار بينهم اثلاثاً لأنهم اشتركوا في العمل الذي يستحق به العوض فاشتركوا في العوض كالاجر في الاجارة فان قيل أليس لو قال من دخل هذا النقب فله دينار فدخله جماعة استحق كل واحد منهم دينار كاملاً فلم لا يكون ههنا كذلك ؟

يتفرق الناس فقال ان شئت قومته قيمة عدل ولبسته وكنت له ضامناً متى جاء صاحبه دفعت اليه ثمنه وإن لم يجيء له طالب فهو لك ان شئت ولان ما جاز التقاطه ملك بالتعريف كالأمان وما حكوه عن الصحابة ان صح فقد حكينا عن عمر وابنه خلافه وقولهم انها لقطة لا تملك في الحرم ممنوع ثم هو منقوض بالأمان وقياسها على الابل لا يصح لان معها حذاءها وسقاءها ترد اثناء وتأكّل الشجر حتى يأتيها ربها ولا يوجد ذلك في غيرها ولان الابل لا يجوز التقاطها فلا تملك وههنا يجوز التقاطها فملك به كالأمان وقولهم ان النص خاص في الأمان قلنا بل هو عام في كل لقطة فيجب العمل بعمومه وان ورد فيها نص خاص فقد روي خبر عام فيعمل بها ثم قد رويناه في العروض فيجب العمل به كما وجب العمل بالخاص في الأمان ثم لو اختص الخبر بالأمان لوجب أن يقاس عليها ما في معناها كسائر النصوص التي عقل في معناها ووجد غيرها وههنا قد وجد المعنى فيجب قياسه على المنصوص عليه بل المعنى ههنا أكد فيثبت الحكم فيه بطريق اليقينة ، بيانه أن الأمان لا تنافى بعضي الزمان عليها وانتظار صاحبها بها أبداً والعروض تنافى بذلك ففي النداء عليها دائماً هلاكها وضياع ماليتها على صاحبها وملتقطها وسائر الناس وفي إباحة الاتفاع بها وملكها بعد التعريف حفظ لمليتها على صاحبها بدفع

قلنا لان كل واحد من الداخلين دخل دخولا كاملا كدخول المنفرد فاستحق العرض كاملا وهما لم يردده واحد منهم كاملا انما اشتركا فيه فاشتركا في عوضه فنظير مسألة الدخول ما لو قال من رد عبدا من عبيدي فله دينار فرد كل واحد منهم عبداً ونظير مسألة الرد ما لو قال من تقب السور فله دينار فتقب ثلاثة نقبا واحداً فان جعل لواحد في ردّها ديناراً ولاّخر دينارين ولثالث ثلاثة فردّه الثلاثة فلكل واحد منهم ثلث ما جعل له لانه عمل ثلث العمل فاستحق ثلث المسمى فان جعل لواحد ديناراً ولاّخرين عوضاً مجبولا فردوه معاً فلصاحب الدينار ثلاثة وللآخرين أجر عملهما، وان جعل لواحد شيئاً في ردّها فردّها هو وآخرون معه وقالوا ردّها مساوئله استحق جميع الجمل ولا شيء لهما وإن قالوا ردّها لأخذ العوض لأنفسنا فلا شيء لهما لانه عمل ثلث الجمل لانه عمل ثلث العمل فاستحق ثلث الجمل ولم يستحق الآخرون شيئاً لأنهما عملاً من غير جمل وهذا كله مذهب الشافعي ولا أعلم فيه خلافاً (نصل)

(نصل) وان قال من رد عبي من بلد كذا فله دينار فردّه انسان من نصف طريق ذلك البلد استحق نصف الجمل لانه عمل نصف العمل ، وكذلك لو قال من رد عبيدي فله دينار فرد أحدهما فله نصف الدينار لانه رد نصف العبدین ، وان رد العبد من غير البلد المسمى فلا شيء له لانه لم يعمل في ردّه منه شيئاً فشيء ما لو جعل في رد أحد عبيده شيئاً فرد الآخرون ، ولو قال من رد عبيدي فله دينار فردّه انسان الى نصف الطريق فرب منه لم يستحق شيئاً لانه شرط الجمل برده ولم يردّه وكذلك لو مات كما لو استأجر لحياطة ثوب فخطه ولم يسلّمه حتى تلف لم يستحق أجره فان قيل فان كان الجاعل قال من وجد لقطتي فله دينار فند وجد الوجدان؟ قلنا قرينة الحال تدل على اشتراط الرد والمقصود هو الرد لا الوجدان للجرد وانما اكنى بذكر الوجدان لانه سبب الرد فصار كأنه قال من وجد لقطتي فردّها علي

قيمتها اليه ونفع لغيره فيجب ذلك انهي النبي ﷺ ولما فيه من المصلحة والحفظ لمال المسلم عليه ولان في اثبات الملك حناً على التقاطها وحفظها وتعريفها لكونه وسيلة الى الملك المقصود للأدنى وفي نفي ملكها تضييع لها لما في التقاطها من الخطر والمشفة والكلف من غير نفع يصل اليه فيؤدي الى أن لا يلتقطها أحد فتضيع وما ذكره في الفرق ملغى في الشاة فقد ثبت الملك فيها مع هذا الفرق ثم يمكننا أن نقيس على الشاة فلا يحصل هذا الفرق بين الفرع والاصل ثم نقول لقطعة لا ملك في الحرم فما أبيع التقاطه منها ملك اذا كان في الحل وما لا يباح لا يملك كالابل

(مسئلة) (وعن احمد أن لقطعة الحرم لا تملك بحال)

المشهور عن أحمد وفي المذهب أن لقطعة الحرم والحل سواء وهو ظاهر كلام الحنفي روي ذلك عن ابن عمر وابن عباس وعائشة وابن المسيب وهو مذهب مالك وأبي حنيفة وروى عن أحمد أنه لا يجوز التقاط لقطعة الحرم للتملك ويجوز لحفظها لصاحبها فان التقطها عرفها أبداً حتى يأتي صاحبها وهو قول عبد الرحمن بن مهدي وأبو عبيد وعن الشافعي (المغني والشرح الكبير) (٤٥) (الجزء السادس)

(فصل) والجماعة نسائي الاجارة في اعتبار العلم بالعوض وما كان عوضاً في الاجارة جاز أن يكون عوضاً في الجملة وما لا فلا ، وفي أن ما جاز أخذ العوض عليه في الاجارة من الاعمال جاز أخذه عليه في الجملة وما لا يجوز أخذ الاجرة عليه في الاجارة مثل الغناء والزمر وسائر المحرمات لا يجوز أخذ الجمل عليه ، وما يختص فاعله أن يكون من أهل القرية مما لا يتعدى نفعه فاعله كالصلاة والصيام لا يجوز أخذ الجمل عليه فإن كان مما يتعدى نفعه كالاذان والاقامة والحج ففيه وجهان كالروايتين في الاجارة ويفارق الاجارة في أنه عقد جائز وهي لازمة وأنه لا يعتبر العلم بالمدة ولا بمقدار العمل ولا يعتبر وقوع العقد مع واحد معين ، فلي هذا متى شرط عوضاً مجهولاً كقوله إن رددت عبدي فذلك ثوب أو فذلك سلبه أو شرط عوضاً محرمًا كالخمر والحمر أو غير مقدور عليه كقوله من رد عبدي فله ثلثه أو من رد عبدي فله أحدهما فرده إنسان استحق أجر المثل لانه عمل عملاً بعوض لم يسلم له فاستحق أجره كما في الاجارة

(فصل) ومن رد لقطة أو ضالة أو عمل لغيره عملاً غير رد الآبق بغير جعل لم يستحق عوضاً لأنهم في هذا خلافاً لانه عمل يستحق به العوض مع المعارضة فلا يستحق مع مدها كالجمل في الاجارة فإن اختلفا في الجمل فقال جعلت لي في رد لقطني كذا فأنكره المالك قال قول قوله مع يمينه لان الاصل معه ، وإن اختلفا على العوض واختلفا في قدره قال قول المالك لان الاصل عدم الرد المختلف فيه ولان القول قوله في أصل العوض فكذلك في قدره كرب المال في المضاربة ، ويحتمل أن يتعاقبا كالتبايين إذا اختلفا في قدر الثمن والاجير والمستأجر إذا اختلفا في قدر الاجر ، فلي هذا إن تعاقبا فسخ العقد ووجب أجر المثل وكذلك الحكم إن اختلفا في المسافة فقال جعلت لك الجمل على رد ما من

كالذهنين لقول النبي ﷺ في مكة « لا تحل ساقطها الا لمنشد » متفق عليه والمنشد المعروف قاله أبو عبيد والناشد الطالب وينشد * اصاحه الناشد للمنشد *

فيكون معناه لا تحل لقطة مكة الا لمن يعرفها لأنها خصت بهذا من بين سائر البلدان وروى أبو داود بإسناده أن النبي ﷺ عن لقطة الحاج قال ابن وهب يعني يتركها حتى يجدها صاحبها ، ووجه الرواية الاولى عموم الاحاديث ، ولانه أحد الحرمين أشبه حرم المدينة ولأنها أمانة فلم يختلف حكمها بالحل والحرم كالوديعة وقول النبي صلى الله عليه وسلم « الا لمنشد » يحتمل أنه يريد الا لمن عرفها طاماً وتخصيصها بذلك لتأكيد لقوله عليه السلام « ضالة المؤمن حرق النار » وضالة الذمي مقبوضة عليها والله أعلم (فصل) ولا يجوز له التصرف في اللقطة حتى يبرف وطأها ووكأها وقدرها وجنسها وصفاتها ، ويستحب ذلك عند وجدانها والاشهاد عليها لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث زيد « اعرف وكأها وعفاها » وقال في حديث أبي بن كعب « اعرف خفاصها ووكأها وعددها ثم عرفها سنة » وفي لفظ عن أبي ابن كعب أنه قال وجدت مائة دينار فأنتيت بها النبي صلى الله عليه وسلم فقال « عرفها حولاً » فعرفها حولاً فلم تعرف فرجعت اليه فقال اعرف « عدتها ووطأها ووكأها واخلطها بمالك فان جاء

حالب فقال بل على ردها من حصص ، وإن اختلفنا في عين العبد الذي جعل الجعل في رده فقل رددت العبد الذي شرطت لي الجعل فيه قال بل شرطت لك الجعل في العبد الذي لم يرد فاقول قول المالك لأنه أعلم بشرطه ولأنه ادعى عليه شرطاً في هذا العقد فأنكره والاصل عدم الشرط

(فصل) أما العبد الآبق فإنه يستحق الجعل برده وإن لم يشرط له روي هذا عن عمر وعلي وابن مسعود وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز ومالك وأصحاب الرأي وقد روي عن أحمد أنه لم يكن يوجب ذلك . قال ابن منصور سئل أحمد عن جمل الآبق فقال لأدري قد تكلم الناس فيه لم يكن عنده فيه حديث صحيح ، فظاهر هذا أنه لا جعل له فيه وهو ظاهر قول الحنفية فإنه قال : وإذا أبق العبد فلمن جاء به إلى سيده ما أنفق عليه ، ولم يذكر جملاً وهذا قول النخعي والشافعي وابن المنذر لأنه عمل لغيره عملاً من غير أن يشرط له عوضاً لم يستحق شيئاً لو رد جملة الشارد

ووجه الرواية الأولى ما روي عمرو بن دينار وابن أبي مائة أن النبي ﷺ جعل في جمل الآبق إذا جاء به خارجاً من الحرم ديناراً وأيضاً فإنه قول من سمينا من الصحابة ولم نعرف لهم في زمهم مخالفاً فكان إجماعاً . ولأن في شرط الجعل في ردهم حثاً على رد الآبق وصيانة لهم عن الرجوع إلى دار الحرب وردتهم عن دينهم وتقوية أهل الحرب بهم ، فينبغي أن يكون مشروعاً لهذه المصاحبة ، وبهذا قارق رد الشارد فإنه لا ينفذ إلى ذلك . والرواية الأخرى أقرب إلى المصلحة لأن الأصل عدم الوجوب ،

رهباً فأدناها إليه « في هذا الحديث أمره بمعرفة صفاتها بعد التعريف وفي غيره أمره بمعرفتها بمين التقاطها قبل تعريفها وهو الأولى ليحصل عنده علم ذلك فتى جاء صاحبها فنعها غلب على ظنه صدقه فدفعها إليه وإن آخر معرفة ذلك إلى حين يحجي باغيها جاز لأن المقصود يحصل حينئذ قل لم يحجي طالبها فأراد التصرف فيها بعد الحول لم يحجز له حتى يعرف صفاتها لأن عينها تقدم بالتصرف فلا يبقى له سبيل إلى معرفة صفاتها إذا جاء طالبها ولذلك أن خلطها بماله على وجه لا تميز منه فيكون أمر النبي صلى الله عليه وسلم لآبي بمعرفة صفاتها عند خلطها بماله أمر إيجاب مضيق وأمره لزيد بن خالد بمعرفة ذلك حين الالتقاط أمر استجاب ، قال القاضي ينبغي أن يعرف جنسها ونوعها وإن كانت ثياباً عرف لقاتها وجنسها ويعرف قدرها بالكيل أو الوزن أو العدد أو الذرع ويعرف العقد عليها هل هو عقد واحد أو أكثر ؟ أنشودة أو غيرها ؟ ويعرف صام القارورة الذي يدخل رأسها وعفاصها الذي يلبسه ويستحب أن يشهد عليها حين يجدها ، قال أحمد لا أحب أن يمسه حتى يشهد عليها . فظاهر هذا أنه مستحب غير واجب وأنه لا ضمان عليه إذا لم يشهد وهو قول مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة يضمنها إذا لم يشهد عليها لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من وجد لقطة فليشهد ذا عدل أو ذوي عدل » وهذا أمر يقتضي الوجوب ولأنه إذا لم يشهد كان الظاهر أنه أخذها لنفسه

ولنا خبر زيد بن خالد وأبي بن كعب فإنه أمرهما بالتعريف دون الشهاد ولو كان واجباً لينته

والخبر المروي في هذا مرسل وفي مقال ولم يثبت الانجماع فيه ولا القياس فانه لم يثبت اعتبار الشرع لهذه المصلحة المذكورة فيه ولا تحققت أيضا فانه ليس الظاهر هرجهم إلى دار الحرب إلا في المجلوب منها ، إذا كانت قرية وهذا بعيد فيهم . فأما على الرواية الأولى فقد اختلفت الرواية في قدر الجمل فروي عن أحمد انه عشرة دراهم أو دينار إن رده من العصر وإن رده من خارجه ففيه روايتان (إحداهما) يلزمه دينار أو اثني عشر درهما للخبر المروي فيه ولأن ذلك يروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما (والثانية) أنه أربعون درهما إن رده من خارج العصر . أخذارها الخلال وهو قول ابن مسعود وشریح فروى أبو عمرو الشيباني قال قالت لعبد الله بن مسعود : أني أعتبت عبيداً أباقا فقال لك أجر وغنيمة ، قلت هذا الأجر فما الغنيمة ؟ قال من كل رأس أربعين درهما

وقال أبو إسحاق أعطيت الجمل في زمن معاوية أربعين درهما . وهذا يدل على انه مستفيض في العصر الاول . قال الخلال : حديث ابن مسعود أصح إسناداً . وروى عن عمر بن عبد العزيز انه قال إذا وجدته على مسيرة ثلاث فله ثلاثة دنائير . وقال أبو حنيفة إن رده من مسيرة ثلاثة أيام فله أربعون درهما وإن كان من دون ذلك يرضخ له على قدر المكان الذي تعنى اليه . ولا فرق عند إمامنا بين أن يزيد الجمل على قيمة العبد أو لا يزيد . وهذا قال أبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة ان كان قليل القيمة نقص الجمل من قيمته درهما لثلاث يفوت عليه العبد جميعه

ولنا عموم الدليل ولانه جمل يستحق في رد الآبق فاستحقه وإن زاد على قيمته كما لو جعله له صاحبه ويستحقه ان مات سيده في تركته وبهذا قال أبو حنيفة وقال أبو يوسف ان كان الذي رده من ورثة المولى سقط الجمل

فانه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة سيما وقد سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن حكم اللقطة فلم يكن ليخل بذكر الواجب فيها فيتعين حمل الأمر في حديث عياض على الاستحباب ولانه أخذ أمانة فلم يفتقر إلى الاشهاد كالوديمة ، والمعنى الذي ذكره غير صحيح فانه إذا حفظها وعرفها لم يأخذها لنفسه وفائدة الاشهاد صيانة نفسه من الطمع فيها وحفظها من ورثته ان مات ومن غرمائه ان أفلس وإذا أشهد عليها لم يذكر للشهود صفاتها كما قلنا في التعريف لكن يذكر للشهود ما يذكره في التعريف من الجنس والنوع . قال أحمد في رواية صالح وقد سأله إذا أشهد عليها هل يبين كم هي ؟ قال لا ، ولكن يقول قد أصبت لقطة ، ويستحب أن يكتب صفاتها ليكون أثبت له مخافة أن ينساها ان اقتصر على حفظها بقلبه فان الانسان عرضة النسيان

﴿ مسألة ﴾ (فتى جاء طالبها فوصفها لزم دفعها اليه بنائها المتصل وزيادتها المنفصلة لما لا يكها قبل الحلول ولو أخذها بعده في أصح الوجهين)

إذا جاء طالب اللقطة فوصفها وجب دفعها اليه بغير بينة سواء غلب على ظنه صدقه أو لم يغلب . وبهذا قال مالك وأبو عبيد وداود وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجبر على ذلك الا بينة

وانا ان هذا عوض عن عمله فلا يسقط بالموت كالاجر في الاجارة وكألو كان من غير ورثة، المولى اذا ثبت هذا فلا فرق بين كون من رده معروفاً ببرد الآبق أو لم يكن وبهذا قال اصحاب الرأي وقل مالك ان كان معروفاً بذلك استحق الجعل والآبق ولنا الخبر والآثر المذكور من غير تفريق ولانه رد آبقاً فاستحق الجعل كالعروف بردم

(فصل) ويجوز اخذ الآبق لمن وجده وبهذا قال مالك والشافعي واصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافاً وذلك لان العبد لا يؤمن لحاقه بدار الحرب وارتداده واشتغاله بالفساد في سائر البلاد بخلاف الضوال التي تحفظ نفسها فاذا اخذها فهو امانة في يده ان تلف بغير تفريطه فلا ضمان عليه وان وجد صاحبه دفعه اليه اذا أقام به البينة او اعترف العبد انه سيده وان لم يجد سيده دفعه الى الامام او نائبه فيحفظه لصاحبه أو يبيعه ان رأى المصلحة في بيعه ونحو ذلك قال مالك واصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً وليس للقطعة بيعه ولا تملكه بعد تعريفه لان العبد يحتفظ بنفسه فهو كضوال الابل فان باعه فالبيع فاسد في قول عامة اهل العلم منهم ابو حنيفة والشافعي وان باعه الامام لمصلحة رأها في بيعه فجاء سيده فاعترف انه كان اعتقه قبل منه لانه لا يجر الى نفسه بهذا نفعا ولا يدفع عنها ضرراً ويحتمل ان لا يقبل لانه ملك لغيره فلا يقبل اقراره في ملك غيره كولو باعه السيد ثم اقر بعتقه فعلى هذا ليس لسيدة اخذته لانه يقرانه حرولا يستحق ثمنه ولكن يؤخذ الى بيت المال لانه لا مستحق له فهو كتركه من مات ولا وارث له فان عاد السيد فأذكر العتق وطلب المال دفع اليه لانه مال لا منازعة فيه

(فصل) واذا ابق العبد فحصل في يد حاكم فأقام سيده بينة عند حاكم بلد آخران فلانا الذي صفته كذا وكذا واستقصى صفاته عبد فلان بن فلان ابق منه فقبل الحاكم بينته وكتب الحاكم الى الحاكم الذي عنده العبد ثبت عندي اباق عبد فلان الذي صفته كذا وكذا قبل كتابه وسلم اليه

ويجوز له دفعها اليه إذا غلب على ظنه صدقه، وقال أصحاب الرأي ان شاء دفعها اليه وأخذ كفيلاً بذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال «البينة على المدعي» ولأن صفة المدعي لا يستحق بها كالمصوب ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «فان جاءك أحد يخبرك بعدها ووطأها ووكأها فادفعها اليه» وظاهر الأمر الوجوب، وفي حديث زيد «اعرف وكأها وعفأها ثم عرفها سنة فان لم تعرف فاستنفقها وإن جاء طالبها يوماً من الدهر فادها اليه» يعني اذا ذكر صفاتها لأن ذلك هو المذكور في صدر الحديث ولم يذكر البينة ولو كانت شرطاً للدفع لذكرها لأنه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ولأن اقامة البينة على اللقطة تستدري لانها انما تسقط حال الغفلة فتوقف دفعها على البينة منع لوصولها الى صاحبها أبداً وهذا يفوت مقصود الالتقاط ويفضي الى تفويت أموال الناس وما هذا سبيله يسقط اعتبار البينة فيه كالاتفاق على التيمم، والجمع بين هذا القول وبين تفصيل الالتقاط على تركه متناقض لان الالتقاط حينئذ يكون تضييماً لمال المسلم وأما بالنفسه بالتعريف الذي لا يفيد والمخاطرة بدونه بتركه

العبد وهذا قول أبي يوسف واحد قول الشافعي إلا أن أبا يوسف قال يأخذه كفيلا بين البيئتين أثبتته بصفاته كما ثبت في القصة بوصفه في السلم وقول أبو حنيفة ومحمد لا يجب تسليمه لأنهم لا يشهدون على عيته وإنما يشهدون بالصفات وقد تنفق الصفات مع اختلاف الأعيان ويفارق المسلم فيه فإن الواجب أقل مما يوجد منه الصفة وهو غير معين

ولنا أنه يقبل كتاب الحاكم إلى الحاكم على شخص غائب ويؤخذ المحكوم عليه بالحق وليس ثم شهادة على عين وإنما يؤخذ المحكوم عليه باسمه ونسبه وصفته فكذا هاهنا إذا ثبت وجوب تسليمه فإن الحاكم الذي يسلمه بخم في عنقه خيطاً ضيقاً لا يخرج من رأسه ويدفعه إلى المدعي أو وكيله ليحمله إلى الحاكم الكاتب يشهد الشهود على عيته فإن شهد وأبينه سلم إلى مدعيه وإن لم يشهد وأوجب رده إلى الحاكم الأول ويكون في ضمان الذي أخذه لأنه أخذه بغير استحقاق

﴿مسئلة﴾ قال (وإن كان التقطها قبل ذلك فردها لعلة الجمل لم يجز له أخذه)

إنما كان كذلك لأنه إذا التقطها قبل أن يبلغه الجمل فقد التقطها بغير عوض وعمل في مال غيره بغير جهل فلا يستحق شيئاً كما لو التقطها ولم يجعل ربحاً فيها شيئاً وفارق الملتقط بعد بلوغه الجمل فإنه إنما بذل منافعه بعرض جعل له فاستحقه كالأجير إذا عمل بعد العقد وسواء كان التقاطها لها بعد الجمل أو قبله لما ذكرنا ولا يستحق أخذ الجمل بردها لأن الرد واجب عليه من غير عوض فلم يجز أخذ العرض عن الواجب كسائر الواجبات، وإنما يأخذه الملتقط في موضع يجوز له أخذه عوضاً عن الالتقاط المباح إذا ثبت هذا فإن ملتقطها قبل أن يبلغه الجمل لا يستحق شيئاً سواء ردها لعلة الجمل أو لغيره لأنه إذا لم يستحقه مع قصده إياه وعمله من أجله فلا يستحقه مع عدم

الواجب من تعريفها وما هذا سبيله يجب أن يكون حراماً فكيف يكون فاضلاً، وعلى هذا نقول ولم يجب دفعها بالصفة لم يجز التقاطها لما ذكرناه، وقول النبي صلى الله عليه وسلم «البيئة على المدعي» يعني إذا كان ثم منكر لقوله في سياقه «واليمين على من أنكر» ولا منكر ههنا على أن البيئة تختلف وقد جعل النبي صلى الله عليه وسلم بيته مدعي اللقطة وصفها فإذا وصفها فقد أقام بيته وقياس اللقطة على المنصوب غير صحيح فإن النزاع ثم في كونه مفصوباً والأصل عدمه وقول المنكر يمارض دعواه فاحتيج إلى البيئة وههنا قد ثبت كون هذا المال لقطة وإن له صاحباً غير من هو في يده ولا مدعي له إلا الواصف وقد يرجع صدقه فينبغي أن يدفع إليه .

(فصل) ويدفعها إليه بزيادتها المتصلة والمنفصلة إذا كان قبل الحول لأنها ملكة فإن وجدها زائدة بعد الحول أخذها بزيادتها المتصلة لأنها تتبع في الرد باليبس والاقالة فتبعت ههنا وإن حدث بعد الحول لها ماء منفصل فهو الملتقط لأنه ماء ملكة متميز لا يتبع في الفسوخ فكان له كماء المبيع إذا رد بيبس

(المغني والشرح الكبير) إذا كان الذي وجد النقطة سفيا أو طملا عرفها وليه ٣٥٩

ذلك أولى ، وإنما ذكر الحرقى ردها لعله الجمل ان شاء الله لينبه به على عدم استحقاقه فيما اذا ردها
لغير علة ولان الحاجة انما تدعو الى معرفة الحكم فيمن يريد الجمل أما من تركه ولا يريد فلا يقع
التنازع فيه غالبا والله اعلم

(مسئلة) قال (وان كان الذي وجد النقطة سفيا او طملا قام وليه بتعريفها فان تمت
السنة ضمها الى مال واجدها)

وجملة ذلك أن الصبي والمجنون والسفيه اذا التقط أحدهم لقطة ثبتت يده عليها لعموم الاخبار
ولان هذا تكسب فصح منه كالاصطياد والاختطاب وان تلفت في يده بشير تفريط فلا ضمان عليه لانه اخذ
ماله أخذه وان تلفت بتفريطه ضمنها في ماله واذا علم بها وليه لزمه أخذها لانه ليس من أهل
الحفظ والامانة فان تركها في يده ضمنها لانه يلزمه حفظ ما يتعلق به حق الصبي وهذا يتعلق به حقه
فاذا تركها في يده كان مضيعاً لها واذا أخذها الولي عرفها لان واجدها ليس من أهل التعريف فاذا
انقضت مدة التعريف دخلت في ملك واجدها لان سبب الملك تم شرطه فيثبت الملك له كما لو اصطاد
صيداً وهذا مذهب الشافعي الا أن أصحابه قالوا اذا انقضت مدة التعريف فكان الصبي والمجنون
بحيث يستقرض لها يملكه لهما والا فلا وقال بعضهم يملكه لهما بكل حال لان الظاهر عدم ظهور
صاحبه فيكون يملكه مصلحة له

ولنا عموم الاخبار ولو جرى هذا مجرى الاقتراض لما صح التقاط صبي لا يجوز الاقتراض له لانه
يكون تبرعا يحفظ مال غيره من غير قائدة

(فصل) قال أحمد في رواية العباس بن موسى في غلام له عشر سنين التقط لقطة ثم كبر فان

وذكر أبو الخطاب فيه وجها آخر أنه يكون لصاحب اللقطة بناء على المفلس اذا استرجعت منه العين
بعد أن زادت زيادة متميزة والولد إذا استرجع أبوه ما وهبه له بعد زيادته المنفصلة والصحيح ان
الزيادة للملتقط لما ذكرناه وكذلك الصحيح في الموضعين الذين ذكرهما ان الزيادة لمن حدثت في
ملكه ثم الفرق بينهما انه في مسئلتنا يضمن النقص فتكون الزيادة له ليكون الخراج بالضمان وثم لاضمان
عليه فأمكن أن لا يكون الخراج ومتى اختلفا في القيمة أو المثل فالقول قول الملتقط مع يمينه اذا كانت
اللقطة قد استهلك في يد الملتقط لانه غارم

(مسئلة) (وان تلفت أو نقصت قبل الحول لم يضمنها وبعدة يضمنها)

لانها أمانة في يده الا أن تكون تلفت أو نقصت بتفريطه كالوديعة وان ألتقط الملتقط أو تلفت
بتفريطه ضمنها بمنثلها إن كانت من ذوات الامثال أو بقيمتها ان لم تكن مثلية، قال شيخنا لا أعلم فيه خلافا

وجد صاحبها دفعها إليه ولا تصدق بها، قدمضي أجل التعريف فيما تقدم من السنين ولم ير عليه استقبال أجل التعريف، قال وقد كنت ممته قبل هذا أو بعده يقول في انقضاء أجل التعريف إذا لم يجد صاحبها أتصدق بمال الغير؟ وهذه المسئلة قد مضى نحوها فيما إذا لم يعرف الملتقط اللقطة في حولها فإنه لا يملكها وإن عرفها فيما بعد ذلك، لأن التعريف بعده لا يفيد ظاهراً لكون صاحبها يئس منها وترك طلبها، وهذه المسئلة تدل على أنه إذا ترك التعريف لئذ كان كتركه لغير عذر لكون الصبي من أهل العذر وقد ذكرنا في هذا وجهين فيما تقدم، وقال أحمد في غلام لم يبلغ أصاب عشرة دنائير فذهب بها إلى منزله فضاقت فلما بلغ أراد ردها فلم يعرف صاحبها تصدق بها، وإن لم يجد عشرة وكان يحجب به تصدق قليلاً قليلاً، قال القاضي معنى هذا أنها تلفت بتفريط الصبي وهو أنه لم يعلم وليه حتى يقوم بتعريفها (فصل) فإذا وجد العبد لقطة فله أخذها بشير اذن سيده ويصح التقاطه، وبهذا قال أبو حنيفة وهو أحد قولي الشافعي، وقال في الآخر لا يصح التقاطه لأن اللقطة في الحول الأول أمانة ولاية في الثاني تملك والعبد ليس من أهل الولايات ولا الملك

ولنا غموم الخبر، ولأن الالتقاط سبب يملك به الصبي ويصح منه فصاح من العبد كالاخطاب والاصطياد، ولأن من جاز له قبول الوديعة صح منه الالتقاط كالحجر، وقولهم إن العبد ليس من أهل الولايات والأمانات يبطل بالصبي والمجنون فانهما أدنى حالا منه في هذا، وقولهم إن العبد لا يملك ممنوع وإن سلمنا فإنه يملك لسيده كما يحصل بسائر الاكتساب ولأن الالتقاط تحييص مال من الهلاك فجاز من العبد بشير اذن سيده كاتخاذ المال الفريق والمنصوب، إذا ثبت هذا فإن التقط العبد لقطة كانت أمانة في يده إن تلفت بشير تفريط في حول التعريف لم يضمن وإن تلفت بتفريطه أو اتلاف وجب ضمانها في رقبته كسائر جنائياته، وإن عرفها صح تعريفه لأن له قولاً صحيحاً فصاح تعريفه كالحجر فإذا تم حول التعريف

وإن تلفت بعد الحول ثبت في ذمته مثلها أو قيمتها بكل حال لأنها دخلت في ملكه وتلفت من ماله وسواء فرط أو لم يفرط وإن وجد العين ناقصة بعد الحول أخذ العين وارث النقص لأن جميعها مضمون إذا تلف فكذلك ارش نفعها، وهذا قول أكثر العلماء الذين حكموا بملكها لبعضهم حول التعريف، فاما من قال لا يملكها إلا باختياره لم يضمنه إياها حتى يملكها وحكمها قبل ذلك كحكمها قبل مضي حول التعريف، ومن قال لا يملك اللقطة بحال لم يضمنه إياها وبهذا قال الحسن والنخعي وأبو مجلز والحارث العسكي ومالك وأبو يوسف قالوا لا يضمن، وإن ضاعت بعد الحول وقد ذكرنا فيما تقدم دليل دخولها في ملكه وقال داود إذا تملك العين وأتلفها لم يضمنها وحكى ابن أبي موسى عن أحمد أنه لو ح إلى مثل هذا القول لحديث عياض عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «فإن جاء ربها والاف فهو مال الله يؤتية من يشاء» وقوله في حديث أبي بن كعب «فإن جاء من سرفها وإلا فهي كسبيل مالك» وفي حديث زيد «فإن جاء صاحبها والاف فثأنتك بها» وروي «فهي لك» ولم يأمره برد بدلها.

ملكها سيده لان الالتقاط كسب العبد وكسبه لسيده وان علم السيد بلقطة عبده كان له انتزاعها منه لانها من كسب العبد والسيد انتزاع كسبه من يده فاذا انتزاعها بعد أن عرفها العبد ملكها وان كان لم يعرفها عرفها سيده حولا كاملا وان كان العبد قد عرفها بعض الحول عرفها السيد تمامه فان اختار السيد اقرارها في يد عبده نظرت فان كان العبد أميناً جاز وكان السيد مستعينا بعبده في حفظها كما يستعين به في حفظ ماله، وان كان العبد غير أمين كان السيد مفرضاً باقرارها في يده ولزمه ضمانها كالأخذها من يده ثم ردها اليه لان يد العبد كيد وما يستحق بها فهو لسيده، وان أعتق السيد عبده بعد الالتقاط فله انتزاع اللقطة من يده لانها من كسبه واكسابه لسيده، ومتى علم العبد أن سيده غير مأمون عليها لزمه سترها عنه وتسليمها الى الحاكم ليعرفها ثم يدفعها الى سيده بشرط الضمان فان أعلم سيده بها فلم يأخذها منه أو أخذها فرفضها وأدى الامانة فيها فتلقت في الحول الاول بغير تفريطه فلا ضمان فيها لانها لم تتلف بتفريط من أحدهما وان لم يؤد الامانة فيها وجب ضمانها، ويتعلق الضمان برقبة العبد وخدمة السيد جميعاً لأن التفريط حصل منهما جميعاً

(فصل) والمكاتب كالحر في اللقطة لان المال له في الحال واكسابه له دون سيده واللقطة من اكتسابه فان عجز عاد عبدا وصار حكمه في اللقطة حكم العبد على ما مر بآيه، وام الولد والمحاق عتقه بصفة والمدير كالفن، ومن نصفه حر اذا التقط شيئاً ولم يكن بينه وبين سيده مهايأة فهو بينهما بعد التعريف نصفين كسائر اكسابه وهي بينهما في حول التعريف كالحرين التقطا لقطة، وإن كان بينهما مهايأة ففيها وجهان (أحدهما) لا تدخل في المهايأة لانها كسب نادر لا يلم بوجوده ولا يظن فلم تدخل في المهايأة وتكون بينهما (والثاني) تدخل في المهايأة لانها من كسبه فأشبهت سائر اكسابه فان وجدها في يومه فهي له، وإن وجدها في يوم سيده فهي له، وإن كان العبد مشتركاً بين اثنين فلقطتها بينهما على ما ذكرنا فيمن بعضه حر وبعضه رقيق

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «فان لم تعرف فاستنقها ولتكن وديعة عندك فان جاء طالبها يوماً من الدهر فادفعها اليه» قال الاثرم قال أحد اذهب الى حديث الضحاك بن عثمان جوده ولم يزوه أحد مثل ما رواه ان جاء صاحبها بعد سنة وقد أنفقها ردها اليه ولانها عين يلزمه ردها لو كانت باقية فيلزمه ضمانها اذا أتلفها كما قبل الحول ولانه مال معصوم فلم يجوز اسقاط حقه منه مطلقاً كما لو اضطر الى مال غيره

(فصل) فان وجد العين بعد خروجها من ملك الملتقط يبيع أو هبة أو نحوهما لم يكن له أخذها وله أخذ بدلها لان تصرف الملتقط وقع صحيحاً لانه ملكها فان صادفها وقد عادت إلى الملتقط فبسخ أو شراء أو غير ذلك فله أخذها لانه وجد عين باله في يد ملتقطه فكان له أخذها كالزوج اذا اطلق (المغني والشرح الكبير) (٤٦) (الجزء السادس)

(فصل) والذي في الالتقاط كالسلم ومن أصحاب الشافعي من قال ليس له الالتقاط في دار الاسلام لانه ليس من أهل الامانة

ولنا أنها نوع اكتساب فكان من أهلها كالخشب والاحتطاب وما ذكروه يطل بالصبي والمجنون فانه يصح التقاطها مع عدم لامانة . اذا ثبت هذا فانه ان عرف القطة حولاً ملكها كالسلم ، وإن علم بها الحاكم أو السلطان أقرها في يده وضم اليه مشرفاً عدلاً يشرف عليه ويعرفها لاننا لانؤمن الكافر على تعريفها ولا نأمنه أن يخل في التعريف بشيء من الواجب عليه فيه وأجر المشرف عليه فاذا تم حول التعريف ملكها الملتقط ويحتمل أن تنزع من يد الذي وتوضع على يد عدل لانه غير مأمون عليها

(فصل) ويستحب لمن ليس بأمين أن لا يأخذ القطة لانه يعرض نفسه للامانة وليس هو من أهلها فان التقط صح التقاطه لانها جهة من جهات الكسب وهو من أهل الكسب ، ولانه اذا صح التقاط الكافر فالسلم أولى فاذا التقطها فعرفها حولاً ملكها كالعديل ، وإن علم الحاكم أو السلطان بها أقرها في يده وضم اليه مشرفاً يشرف عليه ويتولى تعريفها كما قلنا في الذي لانه لانأمنه عليها وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوايه ، وقال في الآخر ينزعها من يده ويضعها في يد عدل ولنا أن من خلي بينه وبين الدبعة لم يزل يده عن القطة كالعديل والحفظ يحصل بضم المشرف اليه وإن لم يمكن المشرف حفظها منه انتزعت من يده وترك في يد عدل فاذا عرفها وتمت السنة ملكها ملتقطاً لان سبب الملك وجد منه

(مسئلة) قال (واذا وجد الشاة بمصر أو بمهاكة فهي لقطة)

يعني أنه يباح أخذها والتقاطها وحكمها اذا أخذها حكم الذهب والفضة في التعريف والمالك بعده هذا الصحيح من مذهب احمد وقول أكثر أهل العلم ، قال ابن عبد البر أجمعوا على أن ضالة النعم في الموضع المحرّف عليها له أكلها وكذلك الحكم في كل حيوان لا يمتنع بنفسه من صغار السباع وهي الثعلب

قبل الدخول فوجد الصداق قد رجع الى المرأة وسائر الرجوع ههنا كحكم رجوع الزوج على ما نذكره ان شاء الله تعالى .

(مسئلة) (وان وصفها اثنان قسمت بينهما في أحد الوجهين ذكره أبو الخطاب)

لانها تساويان فيستحق به الدفع فتساويا فيها كما لو كانت في أيديهما والوجه الثاني أنه يقرع بينهما فمن وقت له القرعة حلف وسلمت اليه ذكره القاضي وهكذا إن أقاما بينتين وهذا الوجه أشبه بأصولنا فيما إذا تداعيا عينا في يد غيرهما ولانها تداعيا عينا في يد غيرهما وتساويا في البينة أو عدمها فتكون لمن وقت له القرعة كما لو ادعيا ودبعة في يد إنسان فقال هي لاحدكما لا أعرف عينه، وفارق ما إذا كانت في أيديهما لان يد كل واحد منهما على نصفه فرجح قوله فيه

وابن آرى والذئب وولد الاسد ونحوها، فما لا يمتنع منها كفصلان الابل وعجول البقر وافلا الخيل والدجاج والاوز ونحوها يجوز التقاطه وبروى عن احمد رواية أخرى ليس لغير الامام التقاطها . وقال الليث ابن سعد لا أحب أن يقر بها الا أن يجرزها لصاحبها لقول رسول الله ﷺ « لا يؤوي الضالة لا ضال » ولا أنه حيوان أشبه الابل

ولنا قول النبي ﷺ لما مثل عن الشاة « خذها فانما هي لك أو لاختك أو لذئب » متفق عليه ، ولأنه يخشى عليه انتاف والضياع فأشبهه لقطة غير الحيوان وحديثنا أخص من حديثهم فنخصه به والقياس على الابل لا يصح فإن النبي ﷺ علل منع التقاطها بأن معها حذاءها وسدأها وهذا معدوم في الغنم ثم قد فرق النبي ﷺ بينهما في خبر واحد فلا يجوز الجمع بين ما فرق الشارع بينهما ولا قياس ما أمر بالتقاطه على ما منع ذلك منه . اذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يجدها بمصر أو بمملكة ، وقال مالك وابو عبيد وابن المنذر في الشاة توجد في الصحراء اذبحها وكلها ، وفي المصر ضمه حتى يجدها صاحبها لان النبي ﷺ قال « هي لك أو لاختك أو لذئب » والذئب لا يكون في المصر ولنا ان النبي ﷺ قال « خذها » ولم يفرق ولم يستفصل ولو افرق الحال لسأل او استفصل ولاها لقطة فاستوى فيها المصر والصحراء كسائر الانقطات ، وقولهم إن الذئب لا يكون الا في الصحراء قلنا كونها للذئب في الصحراء لا يمنع كونها لغيره في المصر . اذا ثبت هذا فانه متى عرفها حولها كاملا ملكها وذكر القاضي وأبو الخطاب عن احمد رواية أخرى أنه لا يملكها ولعلها الرواية التي منع من التقاطها فيها .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « هي لك أو لاختك » فأضافها اليه بلام التملك ولأنها يباح التقاطها فلست بالتمريف كالاثمان ولان ذلك اجماع حكاه ابن عبد البر .

﴿ مسألة ﴾ (فان أقام آخر بينة أنها له قدم لان البينة أقوى من الوصف فان كان الواصف قد أخذها ردت إلى صاحب البينة لانتا تبيننا أنها له ، فان كانت قد هلكت فلصاحبها تضمين من شاء من الواصف والدافع وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، ويخرج أن لا يلزم الملتقط شيء اذا قلنا بوجوب الدفع عليه لأنه فعل ما أمر به ولم يفرط وهو أمين فلم يضمن كما لو دفعها بامر الحاكم ولأنه اذا كان الدفع واجبا عليه بأنم بتركه فكأنه دفع بغير اختياره فلم يضمن كما لو أخذت منه كرها ، ووجه الاول أنه دفع مال غيره الى غير مستحقه اختياراً منه فضمنه كما لو دفع الودعة الى غير مالكم اذا غلب على ظنه أنه مالكم .

(مسألة) (الا أن يدفعها بحكم الحاكم فلا يملك صاحبها مطالبة)

لأنها مأخوذة منه على سبيل القهر فلم يضمنها كما لو غصبها غاصب ومتى ضمن الواصف لم يرجع على أحد لان العدوان منه والتلف عنده وإن ضمن الدافع رجع على الواصف لانه كان سبب تلفه الا أن يكون الملتقط قد أقر له الواصف

(فصل) ويتخير ملتقطها بين ثلاثة أشياء (اكلها في الحال) وبهذا قال مالك وابو حنيفة والشافعي وغيرهم، قال ابن عبد البر أجمعوا على أن ضالة الغنم في المواضع الخوف عليها له أكلها، والأصل في ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم «هي لك أو لأخيك أو للذئب» فجعلها له في الحال وسوى بينه وبين الذئب، والذئب لا يستأني بأكلها ولأن في أكلها في الحال إغناء عن الاتفاق عليها وحراسة لماليتها على صاحبها إذا جاء فانه يأخذ قيمتها بكاملها من غير نقص وفي إبقائها تضييع للمال بالاتفاق عليها والغرامة في علفها فكان أكلها أولى، ومتى أراد أكلها حفظ صفها فتي جاء صاحبها غرمها له في قول عامة أهل العلم إلا مالكا فانه قال أكلها ولا غرم عليك لصاحبها ولا تعريف لها لقول النبي ﷺ «هي لك» ولم يوجب فيها تعريفاً ولا غرماً وسوى بينه وبين الذئب، والذئب لا يعرف ولا يعرف، قال ابن عبد البر لم يوافق مالكا أحد من العلماء على قوله، وقول النبي ﷺ في حديث عبد الله بن عمرو «رد على أخيك ضالته» دليل على أن الشاة على ملك صاحبها ولأنها لقطه لها قيمة وتبعم النفس فتجب غرامتها لصاحبها إذا جاء كغيرها ولأنها ملك لصاحبها فلم يحجز تملكها عليه بغير عوض من غير رضاه كما لو كانت بين البنيان ولأنها عين يجب ردها مع بقائها فوجب غرمها إذا ألتفها كلقطة الذهب وقول النبي ﷺ «هي لك» لا يمنع وجوب غرامتها فانه قد أذن في لقطه الذهب والورق بعد تعريفها في أكلها واتفاقها، وقال هي كسائر مالك ثم أجمعنا على وجوب غرامتها كذلك الشاة ولا فرق في إباحة أكلها بين وجدانها في الصحراء أو في المصر، وقال مالك وأبو عبيد وأصحاب الشافعي وابن المنذر ليس له أكلها في المصر لانه يمكنه بيعها بخلاف الصحراء

ولنا أن ماجاز أكله في الصحراء أيسر في المصر كسائر المأكولات ولان النبي ﷺ قال : «هي لك» ولم يفرق ولان أكلها معلل بما ذكرنا من الاستثناء عن الاتفاق عليها، وهذا في المصر

أنها له فانه لا يرجع عليه لانه أقر انه مالكا ومستحقها وان صاحب البيئة ظلمه بتضمينه فلا يرجع على غير ظالمه، وان كانت اللقطة قد تلفت عند الملتقط فضمنه إياها رجع على الواصف بما غرمه وليس للمالك تضمين الواصف لان الذي قبضه انما هو مال الملتقط لا مال صاحب اللقطة بخلاف ما اذا سلم العين فأما ان وصفها انسان فأخذها ثم جاء آخر فوصفها وادعاهم يستحق شيئاً لان الاول استحقها لو وصفه إياها وعدم المنازع فيها وثبتت يده عليها ولم يوجد ما يقتضي انتزاعها منه فوجب ابقاؤها في يده كسائر ماله .

(فصل) ولو جاء مدعي اللقطة فلم يصفها ولا أقام بينة أنها له لم يحجز دفعها اليه سواء غلب على ظنه صدقه أو كذبه لانها أمانة فلم يحجز دفعها الى من لم يثبت أنه صاحبها كالوديعة، فان دفعها فجاء آخر فوصفها أو أقام بها بينة لزم الدافع غرامتها له لانه فوئها على مالكا بتفريطه وله الرجوع على مدعيها لانه أخذ مال غيره ولصاحبها تضمين أخذها فاذا ضمنه لم يرجع على أحد وان لم يأت أحد يدعيها

أشد منه في الصحراء (الثاني) أن يمسكها على صاحبها وينفق عليها من ماله ولا يملكها، وإن أحب أن ينفق عليها محتسباً بالنفقة على مالها وأشهد على ذلك فهل له أن يرجع بالنفقة على روايتين : (أحدهما) يرجع به نص عليه في رواية المروزي في طيرة أفرخت عند قوم فقضى أن الفراه لصاحب الطيرة ويرجع بالملف إذا لم يكن متطوماً، وقضى عمر بن عبد العزيز فيمن وجد ضالة فأنفق عليها وجاء ربه بأنه يشرم له ما أنفق وذلك لأنه أتفق على اللقطة لحفظها فكان من مال صاحبها كونه الرطب والعنب (والرواية الثانية) لا يرجع بشيء وهو قول الشعبي والشافعي ولم يعجب الشعبي قضاء عمر بن عبد العزيز لأنه أتفق على مال غيره بغير إذن فلم يرجع كما لو بنى داره، وبغارق العنب والرطب فإنه ربما كان تحفيفه والانفاق عليه في ذلك أحظ لصاحبه لأن النفقة لا تكرر والحيوان يكرر الانفاق عليه فربما استغرق قيمته فكان يبعه أو أكله أحظ فذلك لم يحتسب المنفق عليها بما أتفق . (الثالث) أن يبيعها ويحفظ ثمنها لصاحبها وله أن يتولى ذلك بنفسه وقال بعض أصحاب الشافعي يبيعها باذن الامام .

ولنا أنه إذا جاز له أكلها بغير إذن فبيعها أولى ولم يذكر أصحابنا لها تعريفاً في هذه المواضع وهذا قول مالك لحديث زيد بن خالد فإنه رضي الله عنه قال « خذها فانما هي لك أو لاختك أو للذئب » ولم يأمر بتعريفها كما أمر في لقطة الذهب والورق ولنا أنها لقطة لها خطر فوجب تعريفها كالمطعوم الكثير وإنما ترك ذكر تعريفها لأنه ذكرها بعد بيانه التعريف فيما سواها فاستغنى بذلك عن ذكره فيها ولا يلزم من جواز التصرف فيها في الحول سقوط التعريف كالمطعوم .

(فصل) إذا أكلها ثبتت قيمتها في ذمته ولا يلزمه عزها لعدم الفائدة في ذلك فانها لا تنتقل

فللملتقط مطالبة أخذها لأنه لا يأمن بحبيء صاحبها فيغرره إياها ولأنها أمانة في يده فلك الاخذ من غاصبها كالوديعة .

(فصل) فإن كان الملتقط قد مات واللقطة موجودة قام وارثه مقامه في تعريفها أو إتمامه إن مات قبل إتمام الحول ويمسكها بعد إتمام التعريف وإن مات بعد تمام الحول ورثها الوارث كسائر أموال الميت، ومتى جاء صاحبها أخذها من الوارث كما يأخذها من الموروث وإن كانت معدومة الدين فصاحبها غريم للميت بمثلها إن كانت من ذوات الامثال أو بقيمتها إن لم تكن كذلك فيأخذ ذلك من تركته إن اتسعت لذلك فإن ضاقت التركة زاحم الغرماء ببدلها سواء تلفت بعد الحول بفعله أو بغير فعله لأنها قد دخلت في ملكه بمضي الحول، وإن علم أنها تلفت قبل الحول بغير تقريط فلا ضمان عليه ولا شيء لصاحبها لأنها أمانة في يده تلفت بغير تقريط فلم يضمنها كالوديعة وكذلك إن تلفت بعد الحول قبل ملكها بغير تقريط عند من يرى أنها لا تدخل في ملكه حتى يملكها أو أنها لا تملك بحال وقدم

من الذمة الى المال المعزول ولو عزل شيئاً ثم أفلس كان صاحب اللقط أسوة الغرماء ولم يخص بالمال المعزول وان بائها وحفظ ثمنها وجاء صاحبها أخذه ولم يشاركه فيه أحد من الغرماء لأنه عين ماله لا شيء للفلس فيه .

(فصل وإذا التقط ما لا يبقى عاماً فذلك نوعان (أحدهما) ما لا يبقى بعلاج ولا غيره كالطبيخ والبطيخ والماكة التي لا تجفف والحضراوات فهو مخير بين أكله وبيعه وحفظ ثمنه ولا يجوز إبقاؤه لأنه يتلف فان تركه حتى تلف فهو من ضمانه لأنه فرط . في حفظه فليزمه ضمانه كالوديعة ، فان أكله ثبتت الدية في ذمته على ما ذكرناه في لقطة الثمن وإن باعه وحفظ ثمنه جاز وهذا ظاهر مذهب الشافعي . وله أن يتولى بيعه بنفسه ، وعن أحمد له بيع البسر وإن كان كثيراً دفعه إلى السلطان . وقال أصحاب الشافعي ليس له بيعه إلا بإذن الحاكم فإن عجز عنه جاز البيع بنفسه لأنه حال ضرورة فأما مع القدرة على امتثاله فلا يجوز من غير إذنه لأنه مال معصوم لا ولاية عليه فلم يجوز لغير الحاكم بيعه كغير القطة وثناؤه مال أبيع للملتقط أكله فأبيع له بيعه كاله ولأنه مال أبيع له بيعه عند العجز عن الحاكم فجاز عند القدرة عليه كاله . إذا ثبت هذا فإنه متى أراد أكله أو بيعه حفظ صفاته ثم عرفه عاماً فإذا جاء صاحبه فإن كان قد باعه وحفظ ثمنه دفعه إليه وإن كان قد أكله أو أكل ثمنه غرمه له بقيته يوم أكله وإن تلف الثمن بغير تفريط قبل تملكه أو نقص أو تلفت العين أو نقصت من غير تفريط فلا ضمان على الملتقط ، وإن تلفت أو نقصت أو نقص الثمن لتفريطه فعلى الملتقط ضمانه وكذلك إن تلف الثمن بعد تملكه أو نقص ضمانه (النوع الثاني) ما يمكن إبقاؤه بالعلاج كالعنب والرطب فينظر ما فيه الخط لصاحبه فان كان في التجفيف جففه ولم يكن له إلا ذلك لأنه مال غيره فليزمه ما فيه الخط لصاحبه كولي البتيم ، وإن احتاج في التجفيف إلى غرامة باع بعضه في ذلك ، وإن كان الخط في بيعه باعه

مضى الكلام في ذلك ، فأما إن لم يعلم تلفها ولا وجدت في تركته فظاهر كلام الحنفي أنه غريم بها سواء كان قبل الحول أو بعده ويحتمل أن لا يلزم الملتقط شيء ويسقط حق صاحبها لأن الأصل براءة ذمة الملتقط منها لأنه يحتمل أن تكون قد تلفت بغير تفريط فلا تشتغل ذمته بالشك ويحتمل أنه إن كان الموت قبل الحول فلا شيء عليه لأنها كانت أمانة عنده ولم تعد حياته فيها والأصل براءة ذمته منها وإن مات بعد الحول فهي في تركته لأن الأصل بقاؤها إلى ما بعد الحول ودخولها في ملكه ووجوب بدلها عليه . فان قيل فقد قلنا ان صاحبها لو جاء بعد بيع الملتقط إياها أو هبته لم يكن له إلا بدلها فلم قلنا أنها إذا انتقلت إلى الوارث يملك صاحبها أخذها قلنا لأن الوارث خليفة للموروث وإنما ثبت له الملك فيها على الوجه الذي كان ثابتاً لموروثه وملك موروثه فيها كان مراعى مشروطاً بعدم مجيء صاحبها فكذلك ملك وارثه بخلاف ملك المشتري والمتب بغيرها يملك ملكاً مستقراً

وحفظ ثمنه كالطعام والربط فان تعذر بيعه ولم يمكن تجنيفه تعين أكله كالبطيخ ، وإن كان أكله أنفع لصاحبه فله أكله أيضا لأن الحظ فيه ، ويقضي قول أصحابنا أن العروض لا تملك بالتعريف أن هذا كله لا يجوز له أكله لكن بخير بين الصدقة به وبين بيعه ، وقد قال أحمد فيمن يجد في منزله طعاما لا يعرفه يعرفه مالم يخش فسادَه فان خشي فسادَه تصدق به فان جاء صاحبه غرمه وكذلك قال مالك وأصحاب الرأي في لقطة مالا يبقى سنة يتصدق به وقال الثوري يبيعه ويتصدق بثمنه ولنا على جواز أكله قول النبي ﷺ في ضالة الغنم « خذها فانها هي لك أولا خيك أو لذئب » وهذا يجوز للأكل فاذا جاز فيما هو محفوظ بنفسه فبما يفسد ببقائه أولى

(مسئلة) قال (ولا يتعرض لبيع ولا لما فيه قوة يمنع عن نفسه)

وجملة ذلك أن كل حيوان يقوى على الامتناع من صفار السباع وورود الماء لا يجوز النقاظ ولا التعرض له سواء كان لكبير جثته كالابل والحيل والبقر أو لطيرانه كالطيور كلها أو لسرعته كالظباء والصيود أو بنباه كالكلاب والفهود ؟ وقال عمر رضي الله عنه من أخذ ضالة فهو ضال أي مخطيء وبهذا قال الشافعي والاوزاعي وأبو عبيد ، وقال مالك والليث في ضالة الابل من وجدها في القرى عرفها ، ومن وجدها في الصحراء لا يقربها ، ورواه المزني عن الشافعي ، وكان الزهري يقول : من وجد بدنة فليعرفها فان لم يجد صاحبها فليبحرها قبل أن تنقضي الايام الثلاثة ، وقال أبو حنيفة في لفظ يباح النقاظ لانها لقطة أشبهت الغنم

ولنا قول رسول الله ﷺ لما سئل عنها « ما نك ولما ؟ معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجردها ربها » وسئل رسول الله ﷺ فقبل يا رسول الله انا نصيب هوامي الابل قال « ضالة المسلم

(فصل) قال رحمه الله (ولا فرق بين كون الملتقط غنياً أو فقيراً مسلماً أو كافراً عدلاً أو فاسقاً

بأمن نفسه عليها) وقيل يضم الى الفاسق أمين في تعريفها وحفظها)

اذا التقط الغني لقطة وعرفها حولاً ملكها كالفقير روي نحو ذلك عن عمر وابن مسعود وعائشة وعلي وابن عباس وعطاء والشعبي والنخعي وطاوس وعكرمة وبه قال الشافعي وإسحاق وابن المنذر وقال أبو حنيفة ليس له أن يملكها إلا أن يكون فقيراً من غير ذوي القربى لما روى عياض بن حمار المجاشعي أن النبي ﷺ عليه وسلم قال « من وجد لقطة فليشهد عليها ذا عدل أو ذوي عدل ولا يكم ولا يغيب فان وجد صاحبها فليردها عليه والا فهي مال الله يؤتاه من يشاء » رواه النسائي ، قالوا وما يضاف الى الله تعالى إنما يملكه من يستحق الصدقة ونقل حنبل عن أحمد مثل هذا القول وأنكره الحلال وقال ليس هذا مذهبا لأحمد

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث زيد بن خالد « فان لم تعرف فاستنقه » وفي لفظ - فشأنك بها - وفي لفظ - والا فهي كسبيل مالك » ولأن من ملك بالقرض ملك اللقطة كالفقير ومن جاز له الالتقاط

حرق النار » وروي عن جرير بن عبدالله أنه أمر بإرد بقره لحقت ببقره حتى توارت ، وقال سمعت رسول الله ﷺ يقول « لا يؤذي الضالة إلا ضال » رواه ابو داود بمعناه ، وقياسهم يعارض صريح النص ، وكيف يجوز ترك نص النبي ﷺ وصريح قوله بقياس نصه في موضع آخر ؟ على أن الابن تفارق الغنم لضيقها وقلة صبرها عن الماء .

(فصل) فان كانت الصيود مستوحشة اذا تركت رجعت إلى الصحراء وعجز عنها صاحبها جاز التقاطها لان تركها أضعف لها من سائر الاموال والمقصود حفظها لصاحبها لاحفظها في نفسها ولو كان المقصود حفظها في أنفسها لما جاز التقاط الاثنان فان الدينار دينار حبيبا كان

(فصل) والبقر كالابل نص عليه أحمد وهو قول الشافعي وأبي عبيد ، وحكي عن مالك أن البقرة كالشاة . ولنا خبر جرير فانه طرد البقرة ولم يأخذها ، ولأنها تمتنع عن صغار السباع ونجزيه في الاضحية والهدي عن سبعة فاشبهت الابل وكذلك الحكم في الخيل والبغال فأما الحرم فجاءها اصحابنا من هذا القسم الذي لا يجوز انتقاطه لان لها اجساما عظيمة فاشبهت البغال والخيل ولانها من الدواب فاشبهت البغال ، والاولى الحاقها بالشاة لان النبي صلى الله عليه وسلم علل الابل بان معها حذاءها وسفاهها يريد شدة صبرها عن الماء لكثرة ما نوعي في بطونها منه وثوبها على وروده . وفي اباحة ضالة الغنم بأنها معرضة لأخذ الذئب اياها بقوله « هي لك أو لأخيك أو للذئب » والحرم مساوية للشاة في علتها فانها لا تمتنع من الذئب ، ومفارقة الابل في علتها فانها لا صبر لها عن الماء . ولهذا يضرب المثل بقلة صبرها عنه فيقال ما بقي من مده إلا ظمأ حمار . وإلحاق الشاة بما ساواها في علة الحكم وفارقه في الصورة أولى من الحاقه بما قاربه في الصورة وفارقه في العلة ، فأما غير الحيوان فما كان منه ينحفظ بنفسه كأحجار العواحين والكبير من الحشب وقدور النحاس فهو كالابل في تحريم أخذه بل أولى منه لان الابل تتعرض

ملك به بمد التعريف كالفقير ودعواهم في حديث عياض ان ما يضاف الى الله تعالى لا يملكه الا من يستحق الصدقة لادليل عليه وبطلانها ظاهر فان الاشياء كلها تضاف الى الله تعالى ملكا وخلقا قال الله تعالى (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم)

(فصل) ويملك الذي بالالتقاط كالمسلم وقال بعض أصحاب الشافعي ليس له الالتقاط في دار الاسلام لانه ليس من أهل الامانة

ولنا أنه نوع اكتساب فكان من أهله كالاحتشاش والاحتطاب وما ذكره يبطل بالصبي والمجنون فانه يصح التقاطها مع عدم الامانة ومتى عرف اللقطة حولا ملكها كالمسلم ، وان علم بها الحاكم أقرها في يده وضم اليه مشرفا عدلا يشرف عليه ويعرفها لا تاتا لا نأمن الكافر على تعريفها ولا نأمن أن يخل في التعريف بشي من الواجب عليه فيه وأجر المشرف عليه فاذا تم حول التعريف ملكها الملتقط ويحتمل أن تزرع من يد الذي وتوضع على يدي عدل لانه غير مأمون عليها

في الجملة لتلف أما بالاسد وأما بالجوع والعطش وغير ذلك وهذه بخلاف ذلك ، ولأن هذه لا تكاد تضيع عن صاحبها ولا تبرح من مكانها بخلاف الحيوان ، فإذا حرم أخذ الحيوان فهذه أولى (فصل) فإن أخذ هذا الحيوان الذي لا يجوز أخذه على سبيل الالتقاط ضمنه إماماً كان أو غيره لأنه أخذ ملك غيره بغير إذنه ولا أذن الشارع له فهو كالتعاصب فإن رده إلى موضعه لم يبرأ من الضمان وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك : يبرأ لأن عمر رضي الله عنه قال أرسله في الموضع الذي أصبته فيه ، وجريير طرد البقرة التي لحقت بقره

ولنا أن مالزمه ضمانه لا يزول عنه إلا برده إلى صاحبه أو نائبه كالمسروق والمفصوب ، وأما حديث جريير فإنه لم يأخذ البقرة ولا أخذها راعيه إنما لحقت بالبقرة فطردها عنها فأشبهه ، ولو دخلت داره فأخرجها ، فعلى هذا متى لم يأخذها بحيث ثبتت يده عليها لا يلزمه ضمانها سواء طردها أو لم يطردها ، وإن أخذها فلزمه ضمانها فدفعها إلى الإمام أو نائبه زال عنه الضمان لأن له نظراً في ضوال الناس بدليل أن له أخذها فكان نائباً عن أصحابها فيها

(فصل) وللإمام أو نائبه أخذ الضالة على وجه الحفظ لصاحبها لأن عمر رضي الله عنه سمى موضعاً يقال له التميم لحبل المجاهدين والضوال . ولأن تلام نظراً في حفظ مال الغائب وفي أخذ هذه حفظ لها عن الهلاك ولا يلزمه تعريفها لأن عمر رضي الله عنه لم يكن يعرف الضوال ، ولأنه إذا

(فصل) ويصح التقاط الفاسق لأنها جهة من جهات الكسب فصح التقاطه كالمعدل ولأنه إذا صح التقاط الكافر فالمسلم أولى إلا أن الأولى له ألا يأخذها لأنه يعرض نفسه للأمانة وليس من أهلها وإذا التقطها فعرفها حولاً ملكها كالمعدل ، وإن علم الحالك أو السلطان بها أقرها في يده وضم إليه مشرفاً يشرف عليه ويتولى تعريفها كما قلنا في الذمي وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال في الآخر يزرعها من يده ويدعها في يد عدل

ولنا أن من خلي بينه وبين الودعة لم تزل يده عن اللقطة كالمعدل والحفظ يحصل بضم المشرف إليه فأما إن لم يمكن المشرف حفظها منه انتزعت من يده وتركبت في يد العدل فإذا عرفها ملكها بالملقط لوجود سبب الملك منه

(مسألة) (وإن وجدها صبي أو سفيه قام وليه بتعريفها فإذا عرفها فهي لواجدها)

وجملة ذلك أن الصبي والسفيه والمجنون إذا التقط أحدهم لقطة ثبتت يده عليها لعموم الاخبار ولأنه نوع تكسب فصح منه كالاصطياد والاحتطاب فإن تلفت في يده بثبر تفريط فلا ضمان عليه وإن تلفت بتفريطه ضمنها في ماله وإذا علم بها وليه لزمه أخذها منه لأنه ليس من أهل الحفظ والأمانة فإن تركها في يده ضمنها لأنه يلزمه حفظ ما يتعلق به حق الصبي وهذا يتلف به حقه فإذا تركها في يده كان ضيعاً لها ، ويعرفها الولي إذا أخذها لأن واجدها ليس من أهل التعريف فإذا انتقضت مدة

(المغني والشرح الكبير) (٧) (الجزء السادس)

عرف ذلك فن كانت له ضالة فانه يجيء الى موضع الضوال فاذا عرف ضالته أقام البيئة عليها وأخذها ولا يكتفي فيها بالصفة لأنها ظاهرة بين الناس فيعرف صفاتها من رآها من غير أهلها فلا تكون الصفة لها دليلاً على ملكه لها، ولأن الضالة قد كانت ظاهرة بين الناس حين كانت في يد مالكها فلا يختص هو بمعرفة صفاتها دون غيره فلم يكن ذلك دليلاً ويمكنه إقامة البيئة عليها لظهورها للناس ومعرفة خلطائه وجيرانه بملكه إياها

(فصل) وان أخذها غير الامام أو نائبه ليحفظها لصاحبها لم يجز له ذلك ولزمه ضمانها لانه لا ولاية له على صاحبها وهذا ظاهر مذهب الشافعي ولا صحابه وجه ان له أخذها لحفظها قياساً على الامام، ولا يصح لان النبي ﷺ منع أخذها من غير فريق بين قاصد الحفظ وقاصد الالتقاط ولا يصح القياس على الامام لان له ولاية وهذا لا ولاية له، وان وجد في موضع يخاف عليها به مثل أن يجدها بأرض مسبعة يغلب على الظن أن الاسد يقترب منها أن تركت به أو فرسا من دار الحرب يخاف عليها من أهلها أو بموضع يستحل أهله أموال المسلمين كواد التيم أو في بركة لا ماء بها ولا مرعى فالأولى جواز أخذها للحفظ ولا ضمان على أخذها لان فيه انتفاذا من الملاك فأشبه تخليةها من غرق أو حريق، فاذا حصلت في يده سلمها الى نائب الامام ورى من ضمانها ولا يملكها بالتعريف لان الشرع لم يرد ذلك فيها (فصل) وما يحصل عند الامام من الضوال فانه يشهد عليها وبسمها بأنها ضالة ثم ان كان له حتى ترعى فيه تركها فيه إن رآه ذلك، وان رأى المصلحة في بيعها وحفظ ثمنها أو لم يكن له حتى

التعريف دخلت في ملك واجدها لان سبب التملك ثم بشرطه ثبت الملك له كما لو اصطاد صيداً وهذا مذهب الشافعي الا ان أصحابه قالوا اذا انقضت مدة التعريف فكان الصبي والمجنون بحيث يستقرض لها يملكها وإلا فلا وقال بعضهم يملكه لهم بكل حال لان الظاهر عدم ظهور صاحبه فيكون تملكه مصلحة له.

ولنا عموم الاخبار ولو جرى هذا مجرى الاقتراض لما صح انتقاط صبي لا يجوز الاقتراض له لانه يكون تبرعاً بحفظ مال غيره من غير فائدة

(فصل) قال احمد في رواية العباس بن موسى في غلام له عشر سنين التقط لقطعة ثم كبر فان وجد صاحبها دفعها إليه والا تصدق بها قد مضى اجل التعريف فيما تقدم من السنين ولم ير عليه استقبال اجل التعريف قال وقد كنت سمعته قبل هذا أو بعده يقول في انقضاء اجل التعريف إذا لم يجد صاحبها يتصدق بمال النير؟ وهذه المسئلة قد مضى نحوها فيما اذا لم يعرف الملتقط اللقطعة في حوالها الاول فانه لا يملكها وإن عرفها فيما بعد ذلك لكون التعريف بعده لا يفيد ظاهراً لكون صاحبها يأس منها ويترك طلبها، وهذه المسئلة تدل على أنه إذا ترك التعريف لعذر فهو كتركه لنير عذر لكون الصبي من أهل المنزلة وقد ذكرنا فيه وجهين فيما تقدم، وقال أحمد في غلام لم يبلغ أصاب عشرة دنائير فذهب بها إلى

باعتها بعد أن يحلبها ويحفظ صفاتها ويحفظ ثمنها أصحابها فإن ذلك أحفظ لها لأن تركها يخفي إلى أن تأكل جميع ثمنها
(فصل) ومن ترك دابة بمهلكة فأخذها انسان فأطعمها وسقاها وخلصها ملكها وبه قل البيت
والحسن بن صالح وإسحاق إلا أن يكون تركها ليرجم اليها أو ضلت منه ، وقال مالك هي للمالك
الاول ويقرم ما أنفق عليها ، وقال الشافعي وابن المنذر هي للمالك والآخر متبرع بالثقة لا يرجع
بشيء ، لأنه ملك غيره فلم يملكه بغير عوض من غير رضاه كالأمر كانت في غير مهلكة ولا يملك الرجوع
لأنه أنفق على مال غيره بغير إذنه فلم يرجع بشيء كالأمر داره

ولنا ما روى الشعبي أن رسول الله ﷺ قال «من وجد دابة قد هجز عنها أهلها فسيبها فأخذها
فأحيها فهي له» قال عبد الله بن عبد الرحمن قلت - يعني للشعبي - من حدثك بهذا قال
غير واحد من أصحاب رسول الله ﷺ رواه أبو داود بإسناده . وفي لفظ عن الشعبي عن النبي
ﷺ أنه قال «من ترك دابة بمهلكة فأحيها رجل فهي لمن أحيها» ولأن في الحكم بملكها أحياءها
واقادها من الملاك وحفظا للمال عن الضياع ومحافظة على حرمة الحيوان وفي القول بأنها لا تملك تضيق
لذلك كله من غير مصلحة تحصل ، ولأنه يذو رغبة عنه وعجزا عن أخذه فملكه أخذه كالساقط من
السبل وسائر ما ينزله الناس رغبة عنه

(فصل) وإن ترك متاعا فخلصه انسان لم يملكه لأنه لا حرمة له في نفسه ولا يخشى عليه التلف
كالخشية على الحيوان فإن الحيوان يموت إذا لم يطعم ويسقى وتأكله السباع والمتاع يبقى حتى يرجع

منزله فضاقت فلما بلغ أراد ردها فلم يعرف صاحبها تصدق بها فإن لم يجد عشرة وكان يحجب به تصدق
قليلا قليلا قال القاضي هذا محمول على أنها تلفت بتفريط الصبي وهو أنه لم يعلم وليه حتى يقوم بتعريفها
(مسئلة) (وإن التقطها عبد فاسيده أخذها منه وتركها معه يتولى تعريفها إن كان عدلا فإن لم
يأمن العبد سيده عليها لزمه سترها عنه فإن ألقاها قبل الحول فهي في رقبته وإن ألقاها بعده فهي في ذمته)
يصح التقاط العبد بغير إذن سيده وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قولي وقال في الآخر
لا يصح التقاطه لأن اللقطة في الحول الاول امانة وولاية وفي الثاني تلك والعبد ليس من أهل
الولايات ولا الملاك.

ولنا عموم الخبر ولأن الالتقاط سبب يملك به الصبي ويصح منه فصح من العبد كالأصطباد
والاحتطاب ولأن من جاز له قبول الوديعة صح منه الالتقاط كالحرقولم إن العبد ليس من أهل
الولايات والأمانات يبطل بالصبي والمجنون فانها أدنى حالا منه في هذا ، وقولهم إن العبد لا يملك ممنوع
وإن سلمنا فانه يملك لسيده كما يحصل بسائر الاكتسابات ولأن الالتقاط تخليص مال من الملاك
فجاز من العبد بغير إذن سيده كإفقاذ المال الفريق والمنصوب . إذا ثبت هذا فان اللقطة تكون أمانة
في يد العبد إن تلفت بغير تفريط في حول التعريف لم يضمن فإن عرفها صح تعريفه لأن له قولا

إليه صاحبه ، وإن كان المتزوك عبدا لم يملك بأخذه لأن العبد في العادة يمكنه التخاص إلى الاماكر التي يعيش فيها بخلاف البهيمة وله أخذ العبد والمذاع ليخاصه لصاحبه وله أجر مثلا في تخايص المذاع نهر عليه وكذلك في العبد على قياسه

قال القاضي يجب أن يحمل قوله في وجوب الاجر على انه جعل له ذلك أو أمر به ، وأما ان لا يحمل له شيئا فلا جعل له لانه عمل في مال غيره بغير جعل فلم يستحق شيئا كاللقط وهذا خلاف ظاهر كلام احمد فانه لو جعل له جملا لاستحققه ولم يجعل له أجر المثل ويفارق هذا اللقطان الملتقطان بخايس اللقطة من الملاك ولو ترها لم يكن أن يرجع صاحبها نيظاها من مكانها فيجدها وهما ان لا يخرجها هذا ضاع وذلك ولم يرجع اليه صاحبه ففي جعل الاجر فيه حفظ للاموال من غير مضرة فجز ذلك كالجعل في الآق ، ولان اللقطة جعل فيها الشارع ما يبحث على أخذها وهو ملكها ان لم يجز صاحبها فاكفى به عن الاجر فينفي أن يشرع في هذا ما يبحث على تخليصه ببارق الاولى وايس الا الاجر ، فأما ما قلناه ركاب البحر فيه خونا من الغرق لم أعلم لأصحابنا فيه قولا سوى عموم قولهم الذي ذكرناه ويحتمل أن يملك هذا من أخذه وهو قول الاثني عشر وبه قال الحسن فيمن أخرجه قال وما نصب عنه الماء فهو لاهله ، وقال ابن المذير برده على أصحابه ولا جعل له ويقتضيه قول الشافعي والقاضي لما تقدم ، وقتفى قول الامام ابي عبد الله أن لمن أتقده أجر مثله لما ذكرنا ووجه ما ذكرنا

صحيحاً فصح تربفه كالحر فاذا تم حول التعريف ملكها سيده لان الالتقاط كسب العبد وكسبه لسيده فان علم السيد بالقطعة عبده كان له انتزاعها منه لانها من كسب العبد وللسيد انتزاع كسبه من يده فان انتزاعها بعد أن عرفها العبد ملكها وان كان لم يعرفها عرفها سيده حولا وان كان العبد عرفها بمض الحول عرفها السيد تمامه وللسيد اقرارها في يد العبد ان كان أميناً ويكون مستعياً بعبده في حفظها كما يستعين به في حفظ ماله ، فان كان العبد غير أمين كان السيد مفراطاً باقرارها في يده ولزمه ضمانها كما لو أخذها من يده ورددها لان يد العبد كيدده وما يستحق بها لسيده وان اعتق العبد بعد الالتقاط فله انتزاع اللقطة من يده لانها من كسبه واكتسابه لسيده ، ومتى علم العبد أن سيده غير مأمون عليها لزمه سرها عنه ويسلمها الى الحاكم ليعرفها ثم يدفعها الى سيده بشرط الضمان ، فان ألتفها العبد في الحول الاول فهي في رقبته كجناياته وكذلك ان تلفت بتفريطه وان ألتفها بعبده فهي في ذمته ان قلنا ان العبد يملكها بعد التعريف وان قلنا لا يملكها فهو كما لو ألتفها في حول التعريف ويصلح ان ينسب ذلك على استدانة العبد هل تتعلق برقبته أو ذمته؟ على روايتين وقد مر ذكره في الحجر

(مسئلة) (والمكاتب كالحر في اللقطة) لان المال له في الحال واكتسابه له دون سيده وهي من اكتسابه فان عجز حاد عبداً وصار حكمة في لقطته حكم العبد ، وام الولد والمدبر والمعلق عقته بصفة كالقن ومن بعضه حر اذا التقط لقطه فهي بينه وبين سيده اذا لم يكن بينها مهايأة كالحرين اذا

من الاحتمال أن هذا مال ألقاه صاحبه فيما يئلف بتركه فيه اختياراً منهم فلكه من أخذه كالذي ألقوه رغبة عنه، ولأن فيما ذكره تحقيقاً لانتلافه فلم يجوز كباشرته بالانتلاف، فأما إن انكسرت السفينة فأخرجته قوم فقال مالك يأخذ أصحاب المتاع متاعهم ولا شيء للذي أصابوه وهذا قول الشافعي وابن المنذر والقاضي وعلى قياس نص أحمد يكون مستخرجه أجر المثل لأن ذلك وسيلة إلى تخليصه وحفظه لصاحبه وصيانيته عن الفرق فإن الغراض إذا علم أنه يدفع إليه الأجر يادر إلى التخليص ليخلصه، وإن علم أنه يؤخذ منه بغير شيء لم يخاطر بنفسه في استخراجه فينبغي أن يقضى له بالأجر كجهل رد الآبق (فصل) ذكر القاضي فيما إذا التقط عبداً صغيراً أو جارية إن قياس المذهب أنه لا يملك بالتعريف وقال الشافعي يملك العبد دون الجارية ولأن التملك بالتعريف عنده اقتراف الجارية عنده لا يملك بالفرض وهذه المسئلة فيها نظر فإن الاقبط محكوم بحريته، فإن كان ممن يعبر عن نفسه فأقر بأنه مملوك لم يقبل إقراره لأن الطفل لا قول له ولو اعتبر قوله في ذلك لا اعتبر في تعريفه سيده والله أعلم

التقطا لفظة وإن كان بينهما مهايأة لم تدخل في المهايأة في أحد الوجهين لأنها كسب نادر لا يعلم وجوده ولا يظن فلم يدخل في المهايأة كالارث. فعلى هذا يكون بينهما وانتاني يدخل في المهايأة لأنها من كسبه اشبهت سائر اكسابه فيكون لمن يوجد في يومه وكذلك الحكم في الهدية والوصية وسائر الاكساب النادرة فيها الوجهان، فإن كان العبد بين اثنين شركة فلقطه بينهما على ما ذكرنا فيمن بمضه حر والله أعلم .



كتاب اللقيط

وهو الطفل المتبوء ، واللقيط بمعنى الملقوط فعيل بمعنى مفعول كقولهم قتل وجريح وطرح ، والتقاطه واجب لقول الله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) ولأن فيه إحياء نفسه فكان واجباً كاطعامه إذا اضطر وانجائه من الفرق ، ووجوبه على الكفاية إذا قام به واحد سقط عن الباقيين ، فإن تركه الجماعة أمموا كلهم إذا علموا قتر كره مع إمكان أخذه . وروي عن سنين أبي جميلة (١) قال وجدت ملفوفاً فأتيت به عمر رضي الله عنه فقال عريفي يا أمير المؤمنين انه رجل صالح ، فقال عمر أكذلك هو ؟ قال نعم قال فاذهب فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته . رواه سعيد عن سفيان عن الزهري سمع سنينا أبا جميلة بهذا وقال علينا رضاعه

(١) سنين أبو
جميلة أدرك النبي (ص)
وشهد عام الفتح روي
عنه الزهري وزيد بن
أسلم سئل أبو زرعة
عن سنين هذا في
اللقيط فلم يكن ثبناً
ولم يكن بالمشهور عنده

﴿مسئلة﴾ قال (واللقيط حر)

وجملة ذلك أن اللقيط حر في قول عامة أهل العلم إلا النخعي ، قال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم على أن اللقيط حر . رويناه هذا القول عن عمر وعلي رضي الله عنهما ، وبه قال عمر بن عبد العزيز والشعبي

باب اللقيط

وهو الطفل المتبوء واللقيط بمعنى الملقوط كالقتيل والجريح والتقاطه واجب لقول الله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) ولأن فيه إحياء نفسه فكان واجباً كاطعامه إذا اضطر وانجائه من الفرق ، وهو من فروض الكفايات إذا قام به من يكفي سقط عن الباقيين ، وإن تركه الجماعة أمموا كلهم إذا تركوه مع إمكان أخذه ، وتروى عن سنين أبي جميلة قال : وجدت ملفوفاً فأتيت به عمر رضي الله عنه فقال عريفي يا أمير المؤمنين انه رجل صالح ، فقال عمر : أكذلك هو ؟ قال نعم قال : فاذهب فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته ، رواه سعيد عن سفيان عن الزهري سمع سنيناً أبا جميلة بهذا وقال وعلينا رضاعه .

﴿مسئلة﴾ (وهو حر) اللقيط حر في قول عامة أهل العلم إلا النخعي قال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم على أن اللقيط حر ، روي هذا القول عن عمر وعلي رضي الله عنهما ، وبه قال عمر بن عبد العزيز والشعبي والحكم وسماك والثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي ومن تبعهم وقال النخعي : إن التقطه للحسبة فهو حر وإن كان أراد أن يسترقه فذلك له ، وهذا قول شذ فيه عن الخلفاء والعلماء ولا يصح في النظر فإن الأصل في الآدميين الحرية فإن الله تعالى خلق آدم وذريته أحراراً وإنما الرق لعارض فإذا لم يعلم ذلك العارض فله حكم الأصل

والحكم وحامد ومالك والثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي ومن تبعهم ، وقال النخعي ان النقطة للحسبة فهو حر وان كان أراد أن يسترقه فذلك له ، وذلك قول شذ فيه عن الحنفاء والعلماء ولا يصح في النظر فان الاصل في الادميين الحرية فان الله تعالى خلق آدم وذريته أحراراً وإنما الرق للمعارض فإذا لم يعلم ذلك المعارض فله حكم الاصل

(فصل) ولا يخلو القبط من أن يوجد في دار الاسلام أو في دار الكفر فأما دار الاسلام فضربان (أحدهما) دار اختطها المسلمون كبغداد والبصرة والكوفة فلقبط هذه محكوم باسلامه ، وإن كان فيها أهل الذمة تغليبا للاسلام ولظاهر الدار ولان الاسلام يملو ولا يحل عليه (الثاني) دار فتحها المسلمون كدائن الشام فهذه ان كان فيها مسلم واحد حكم باسلام لقبطها لأنه محتمل أن يكون لذلك المسلم تغليبا للاسلام وإن لم يكن فيها مسلم بل كل أهلها ذمة حكم بكفره لان تغليب حكم الاسلام إنما يكون مع الاحتمال ، وأما بلد الكفار فضربان أيضاً (أحدهما) بلد كان للمسلمين فغلب الكفار عليه كاساحل فهذا كالقسم الذي قبله ان كان فيه مسلم واحد حكم باسلام لقبطه وإن لم يكن فيه مسلم فهو كافر ، وقال الفاضل يحكم باسلامه أيضاً لأنه محتمل أن يكون فيه مؤمن يكتم إيمانه بخلاف الذي قبله فإنه لا حاجة به الى كتم إيمانه في دار الاسلام ، وإن كان في بلد كان للمسلمين ثم غلب عليه المشركون ثم ظهر عليه المسلمون وأقروا فيه أهله بالجزية فهذا كالقسم الثاني من دار الاسلام

(مسألة) (ينفق عليه من بيت المال إن لم يوجد معه ما ينفق عليه)

إذا لم يوجد مع اللقيط شيء لم يلزم الملتقط الاتفاق عليه في قول عامة أهل العلم قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن نفقة اللقيط غير واجبة على الملتقط ، كوجوب نفقة الولد ، وذلك لأن أسباب وجوب النفقة من القرابة والزوجة والمالك والولاء مستتمة فالالتقاط إنما هو تخليص له من الهلاك وتبرع بحفظه فلا يوجب ذلك النفقة كما لو فعله بغير اللقيط ، وتجب نفقته في بيت المال لقول عمر رضي الله عنه في حديث أبي جميلة : اذهب فهو حر ولك ولاؤه ، وعلينا نفقته ، وفي رواية : من بيت المال ولان بيت المال وارثه وماله مصروف اليه فكانت نفقته عليه كقرابته ومولاه . فان تعذر الاتفاق عليه من بيت المال لسكونه لا مال فيه أو كان في مكان لا امام فيه أو لم يعط شيئاً فعلى من علم حاله من المسلمين الاتفاق عليه لقول الله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) ولان في ترك الاتفاق عليه هلاكه ، وحفظه من ذلك واجب كاتفاذه من الفرق وهو فرض كفاية ، ومن أنفق عليه متبرعاً فلا شيء له سواء كان الملتقط أو غيره ، وإن لم يتبرع أحد بالاتفاق عليه فأنتفق عليه الملتقط أو غيره محتسباً بالرجوع عليه اذا أسر وكان ذلك بأمر الحاكم لزم القبط ذلك اذا كانت النفقة قصداً بالمعروف وبهذا قال الثوري وأصحاب الرأي والشافعي ، فان أنفق بغير أمر الحاكم محتسباً بالرجوع

(الثاني) دار لم تكن للمسلمين أصلاً كبلاد الهند والروم فإن لم يكن فيها مسلم فلقبطها كافر لان الدار لهم وأهلها منهم ، وإن كان فيها مسلمون كالتجار وغيرهم احتمل أن يحكم بالإسلام تغليباً للإسلام واحتمل أن يحكم بكفره تغليباً للدار والاكثر وهذا التفصيل كله مذهب الشافعي ، قال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم على أن الطفل إذا وجد في بلاد المسلمين ميتاً في أي مكان وجد ان غسله ودفنه في مقابر المسلمين يجب وقد منعوا أن يدفن أطفال المشركين في مقابر المسلمين قال اذا وجد لقبطي في قرية ليس فيها الا مشرك فهو على ظاهر ما حكموا به انه كافر هذا قول الشافعي وأصحاب الرأي (فصل) وفي الموضع القدي حكمنا بالإسلام انما يثبت ذلكم ظاهراً لا يقيناً لانه يحتمل أن يكون ولد كافر فلو أقام كافر بينة انه ولده ولد علي فراشه حكمنا له به واذا بلغ القبط حداثاً أصبح فيه اسلامه وردته فوصف الاسلام فهو مسلم سواء كان ممن حكم بالإسلام أو كفره ، وإن وصف الكفر وهو ممن حكم بالإسلام فهو مرتد لا يقر على كفره وبهذا قال أبو حنيفة ، وذكر القاضي -هما أنه يقر على كفره وهو منصوص الشافعي لان قوله أقوى من ظاهر الدار وهذا وجه مغلط لان دلائل الاسلام وجدعربا عن المعارض وثبت حكمه واستقر فلم يجز إزالة حكمه قوله كما لو كان ابن مسلم ، وقوله لادلالة فيه أصلاً لانه لا يعرف في الحال من كان أبوه ولا ما كان دينه وانما يقول هذا من تلقا نفسه فعلى هذا اذا باغ استتيب ثلاثاً فان تاب والا قتل ، فأما على قولهم فقال القاضي ان وصف كفرة يقر أهله عليه بالجزية

عليه فقال احمد تؤدي النفقة من بيت المال ، وقال شريح والنخعي يرجع عليه بالنفقة اذا أشهد عليه بخلاف ما أفتق اجتناباً فان حلف استسعي ، وقال الشعبي ومالك والثوري والاوزاعي وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن والشافعي وابن المنذر لا يرجع بشيء لانه أفتق عليه من غير اذنه ولا اذن وليه ولا اذن الحاكم فلم يرجع بشيء كما لو تبرع به . ولنا أنه أداء مال وجب على غيره فكان له الرجوع على من كان الوجوب عليه كالضامن اذا قضى عن المضمون عنه .

(مسئلة) (و) يحكم بالإسلام إلا أن يوجد في بلد الكفار ولا مسلم فيه فيكون كافراً فان كان فيه مسلم فعلى وجهين) .

إذا وجد القبط في دار الاسلام فهو محكوم بالإسلام وإن كان فيها أهل الذمة تغليباً للإسلام واطاهر الدار ولان الاسلام يعلو ولا يعلو ودار الاسلام قسمان :

(أحدهما) ما احتطه المسلمون كبغداد والبصرة فلقبطها محكوم بالإسلام على ما ذكرنا

(الثاني) دار فتحها المسلمون كمدائن الشام فهذه ان كان فيها مسلم حكم بالإسلام لقبطها لانه يحتمل أن يكون لذلك المسلم تغليباً للإسلام وان لم يكن فيها مسلم بل كان أهلها أهل ذمة حكم بكفره لان تغليب حكم الاسلام إنما يكون مع الاحتمال . فاما بلد الكفار فضربان أحدهما بلد كان للمسلمين فغلب الكفار عليه كالساحل

عقدت له الذمة فان امتنع من التزامها أو وصف كُفراً لا يقر أهله عليه الحق بأمنه، وهذا بعيد جداً فان هذا القبط لا يخلو من أن يكون ابن وثني حربي فهو حاصل في يد المسلمين بغير عهدة ولا عقد فيكون لواجده ويصير مسلماً بإسلام سايه أو يكون ابن ذميين أو أحدهما ذمي فلا يقر على الانتقال إلى غير دين أهل الكتاب أو يكون ابن مسلم أو ابن مسلمين فيكون مسلماً ، قال احمد في أمة نصرانية ولدت من فجور ولدها مسلم لان أبويه يهودانه ونصرانه وهذا ليس معه إلا أمه وإذا لم يكن لهذا الولد حال يحتمل أن يقر فيها على دين لا يقر أهله عليه فكيف يرد إلى دار الحرب

(فصل) اذ جنى القبط جناية تحملها العاقلة فالعقل على بيت المال لان ميراثه له ونفقته عليه وان جنى جنسية لا تحملها العاقلة فحكم فيها غير حكم القبط ان كانت توجب القصاص وهو بالغ عاقل اقتص منه وان كانت موجبة للمال وله مال استوفى منه والا كان في ذمته حتى يوسر، وإن جنى عليه في النفس جناية توجب الدية فهي لبيت المال لانه وارثه وان كان عداً محضاً فالأمام مخير بين استيفاء القصاص ان رآه احظ للملاقيط والعفو على مال وبهذا قال الشافعي وابن المنذر وابو حنيفة إلا انه يخيره بين القصاص والمصالحة وذلك لقول النبي ﷺ فالسلطان ولي من لا ولي له وان جنى عليه فيما دون النفس جناية توجب الارش قبل بلوغه فلوليه اخذ الارش وان كانت عداً موجبة للقصاص ولقبط مال يكفيه وقف الامر على بلوغه ليعتص او يعفوسواء كان عاقلاً او مقهوراً وان لم يكن له

فهذا كالقسم الذي قبله وان كان فيه مسلم حكم بإسلام لقبطه وان لم يكن فيه مسلم فهو كافر ، وقال القاضي يحكم بإسلامه أيضاً لانه يحتمل أن يكون فيه مؤمن يكتم إيمانه بخلاف الذي قبله فانه لا حاجة به إلى كتم إيمانه في دار الاسلام (الثاني) دار لم تكن للمسلمين أصلاً كبلاد الهند والروم فان لم يكن فيها مسلم فلقبطها كافر لان الدار لهم وأهلها منهم، وإن كان فيها مسلمون كالتيجار وغيرهم ففيه وجهان (أحدهما) يحكم بإسلامه تغليياً للاسلام والثاني يحكم بكفره تغليياً للدار والأكثر وهذا التفصيل مذهب الشافعي وقال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم على أن الطفل إذا وجد في بلاد المسلمين ميتاً في أي مكان وجد أنه يجب غسله وفنه في مقابر المسلمين وقد منعوا أن يدفن اطفال المشركين في مقابر المسلمين قال وإذا وجد لقبط في قرية ليس فيها إلا مشرك فهو على ظاهر ما حكوا به أنه كافر هذا قول الشافعي وأصحاب الرأي :

(مسئلة) (وما وجد معه من فراش تحته أو ثياب أو مال في جيبه أو تحت فراشه أو حيوان مشدود بئابه فهو له، وان كان مدفوناً تحته أو مطروحاً قريباً منه فعلى وجهين)

وجملة ذلك أن ما وجد مع اللقبط فهو له ينفق عليه منه وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي لان الطفل يملك وله بد صحيحه بدليل أنه يرث ويورث ويصح أن يشتري له وليه ويبيع ومن له ملك (المغني والشرح الكبير) (٤٨) (الجزء السادس)

مال وكان عائلا انتظار بلوغه ايضا وان كان معتمدا فلارلى العزو على مال يأخذه له لان المعتمد لابد له حال معلومة منتظرة فان ذلك قد يدوم به والمائل له حال منتظرة فانتزاعا في الحال التي ينتظر بلوغه فان الجاني يحبس - حتى يبايع القبط فيستوفي نفسه وهذا مذهب الشافعي وقد روي عن أحمد رواية أخرى ان الامام استيفاء القصاص له وهو مذهب أبي حنيفة لانه احد نوعي القصاص فكان للامام استيفاءه عن القبط كالتصاص في النفس

ولنا انه قصاص لم يتحتم استيفاءه فوقف على قوله كما لو كان بالغا غائبا، وفارق القصاص في النفس فان القصاص ليس هو له انما هو لوارثه والامام المتولي له

(فصل) وان قذف القبط بعد بلوغه محصنا حد ثمانين لانه حر، وان قذفه قاذف وهو محصن فعليه الحد لانه محكوم بجرمته فان ادعى القاذف انه عبد فصده القبط سقط الحد لاقرار المستحق بسقوط الحد ويجب التعزير لقذفه من ايس بمحصن وان كذبه القبط وقال اني حر فاقول قوله لانه محكوم بجرمته فقوله موافق للظاهر ولذلك او جينا عليه حد الحر اذا كان قاذفا وأوجبنا له القصاص وان كان الجاني حرا ويحتمل ان يكون القول قول القاذف لانه يحتمل صحة ما قاله بان يكون ابن امة فيكون ذلك شبهة والحد بندريء بالشبهات، وفارق القصاص له اذا ادعى الجاني عليه انه عبد لان القصاص ليس بحد وانما وجب حقا لا دمي ولذلك جازت المصلحة عنه واخذ بدله بخلاف حد القذف، ويتخرج

صحيح فله يد صحيحة كالبالغ . اذا ثبت هذا فكل ما كان متصلا به أو متعلقا بمنفعته فهو تحت يده ويثبت بذلك ملكا له في الظاهر، فمن ذلك ما كان لا يسأ له أو مشدودا في ما بوسه أو في يديه أو تحته أو بجعولا فيه كالسرير والسفط وما فيه من فرش أو دراهم والنياب التي تحته والتي عليه، وان كان مشدودا على دابة أو كانت مشدودة في ثيابه أو كان في خيمة أو دار فهي له وأما انفصل عنه فان كان بعيدا منه فليس في يده، وان كان قريبا منه كثوب موضوع إلى جانبه ففيه وجهان (أحدهما) ليس له ذلك لانه منفصل عنه فهو كالبعيد (والثاني) هو له ولان الظاهر أنه ترك له فهو كالذي تحته ولان القريب من البالغ يكون في يده، ألا ترى أن الرجل يقعد في السوق ومتاعه بقربه ويحكم بانه في يده والحال إذا جلس للاستراحة ترك حمله قريبا منه وهذا أصح، فأما المدفون تحته فقال ابن عقيل إن كان الحفر طريا فهو له وإلا فلا لان الظاهر أنه إذا كان طريا فواضع القبط حفزه وإذا لم يكن طريا كان مدفونا قبل وضعه وقيل ليس هو له بحال لانه بموضع لا يستحقه اذا لم يكن الحفر طريا فلم يكن له إذا كان طريا كالبعيد منه، ولان الظاهر أنه لو كان له لشده واضعه في ثيابه ليعلم به ولم يتركه في مكان لا يطلع عليه وكل ما حكمنا بانه ليس له فحكمه حكم اللقطة أو الركا

(مسألة) (وأولى الناس بحضاته واجده إن كان أمينا لأن عمر رضي الله عنه اقر القبط في يد أبي حميلة حين قال عريفة انه رجل صالح ولانه سبق اليه فكان أولى به لقول النبي ﷺ من

من هذا ان الاقريط اذا كان قاذفا فادعى انه عبد ليجب عليه حد العبد قبل منه ذلك والاول اصح لان كل من كان محكوما بحريته لا يسقط الحد عن قاذفه باحتمال رقه بدليل مجهول النسب ولو سقط الحد لهذا الاحتمال لسقط وان لم يدع القاذف رقه لانه موجود وان لم يدعه

(مسئلة) قال (وينفق عليه من بيت المال ان لم يوجد معه شيء ينفق عليه)

وجملته ان الاقريط اذا لم يوجد معه شيء لم يلزم الملتقط الانفاق عليه في قوله عامة اهل العلم وقال ابن المنذر اجمع كل من يحفظ عنه من اهل العلم على ان نفقة الاقريط غير واجبة على الملتقط كوجوب نفقة الولد وذلك لان اسباب وجوب النفقة من القرابة والزوجة والمالك والولاء متفنية والالتقاط انما هو تخليص له من الملاك وتبرع بحفظه فلا يوجب ذلك النفقة كالأول فعليه بشير الاقريط وتجب نفقته في بيت المال لقول عمر رضي الله عنه في حديث ابي جميلة اذهب فهو حر ولك ولاؤه علينا نفقته وفي رواية من بيت المال ولان بيت المال وارثه وماله مصروف اليه فتكون نفقته عليه كقرابته ومولاه فان تعذر الانفاق عليه من بيت المال لكونه لا مال فيه او كان في مكان لا امام فيه او لم يعط شيئا فلي من علم حاله من المسلمين الانفاق عليه لقول الله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) ولان في ترك الانفاق عليه هلاكه وحفظه عن ذلك واجب كاقاذفه من الفرق وهذا فرض كفاية اذا قام به

سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به» وهل يجب الاشهاد عليه؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يجب كالأبواب
الاشهاد في اللقطة (والثاني) يجب لان القصد بالاشهاد حفظ النسب والحرية فاقتصر بوجوب الشهادة
كالتسكح ، وفارق اللقطة فان المقصود منها حفظ المال فلم يجب الاشهاد فيها كالبيع
(مسئلة) (وله الانفاق عليه مما وجد معه بغير إذن حاكم ، وعنه ما يدل على أنه لا ينفق
عليه إلا باذنه)

وجملة ذلك أنه ينفق على الاقريط مما وجد معه وما حكم له به فان كان فيه كفايته لم تجب نفقته على أحد لانه ذو مال فأشبهه غيره من الناس ولملتقطه الانفاق عليه منه بغير إذن الحاكم ذكره ابن حامد لانه وليه فلم يعتبر في الانفاق عليه إذن الحاكم كولي اليتيم ولان هذا من الامر بالمعروف فاستوى فيه الامام وغيره كتبديد الحر، وروى أبو الحارث عن أحمد في رجل أودع رجلا مالا وغاب وطالت غيبته وله ولد ولا نفقة له هل ينفق عليهم هذا المستودع من مال الغائب فقال تقوم امرأته الى الحاكم حتى يأمره بالانفاق عليهم فلم يجمل له الانفاق من غير إذن الحاكم فقال بعض أصحابنا هذا مثله والصحيح أن هذا مخالف له من وجهين (أحدهما) أن الملتقط له ولاية على الاقريط وعلى ماله فان له ولاية أخذه وحفظه (والثاني) أنه ينفق على الاقريط من ماله وهذا بخلافه ولان الانفاق على الصبي من مال الله مشروط بكون الصبي محتاجا إلى ذلك لعدم ماله وعدم نفقة تركها أبوه برسمه وذلك لا يقبل

قوم سقط. عن الباقرين فان تركه الكل اثموا ومن انفق عليه متبرعا فلا شيء له سواء كان الملتقط. او غيره وان لم يتبرع بالاتفاق عليه فانفق عليه الملتقط. او غيره محتسبا بالرجوع عليه اذا ايسر وكان ذلك بامر الحاكم لم يلزم اللقيط. ذلك اذا كانت النفقة تصدأ بالمعروف وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي، وان انفق بغير امر الحاكم محتسبا بالرجوع عليه فقال احمد تؤدى النفقة من بيت المال وقال شريح والنخعي يرجع عليه بالنفقة اذا شهد عليه وقال عمر بن عبد العزيز يخلف ما انفق احتسابا فان حاف استسعى وقال الشعبي ومالك والثوري والاوزاعي وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن والشافعي وابن المنذر هو متبرع به

ولنا انه ادى ما وجب على غيره فكان له الرجوع على من كان الوجوب عليه كاضامن اذا قضى عن المضمون عنه وقد ذكرنا حكم هذا الاصل في موضعه

(فصل) فاما ان وجد مع اللقيط شيء فهو له وينفق عليه منه وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وذلك لان الطفل يملك له يد صحيحة بدليل أنه يرث وبورث، ويصح أن يشتري له وياه ويبيع، ومن له ملك صحيح فله يد صحيحة كالبالغ. إذا ثبت هذا فكل ما كان متصلا به أو متعلقا بمنفعته فهو تحت يده ويثبت بذلك ملكا له في الظاهر، فمن ذلك ما كان لا يسا له أو شدودا في ملبوسه أو في يديه أو مجعولا فيه كالسرير والسفط وما فيه من فرش أو دراهم، والثياب التي تحتها والتي

فيه قول المودع فاحتيج إلى اثبات ذلك عند الحاكم ولا كذلك في مسئلتنا فلا يلزم من وجوب استئذان الحاكم ثم وجوبه في اللقيط، ومتى لم يجد حاكما فله الاتفاق بكل حال لانه حال ضرورة وقال الشافعي ليس له أن ينفق بغير إذن حاكم في موضع يجد حاكما وان أنفق ضمنه بمزلة ما لو كان لأبي الصغير ودبعة عند إنسان فأفقق عليه منها وذلك لانه لا ولاية له على ماله وإنما له حق الحضانة فان لم يجد حاكما ففي جواز الاتفاق وجهان

ولنا ما ذكرناه ابتداء ولا نسلم أنه لا ولاية له على ماله فانا قد بينا أن له أخذه وحفظه وهو أولى الناس به وذكرنا الفرق بين اللقيط وبين ما قاسوا عليه. إذا ثبت هذا فالمستحب أن يستأذن الحاكم في موضع يجد حاكما لانه أبعد من التهمة وأقطع للظنة وفيه خروج من الخلاف وحفظ لماله من أن يرجع عليه بما أنفق وينبغي أن ينفق، عليه بالمعروف كما ذكرنا في ولي اليتيم فان بلغ اللقيط واختافا في قدر ما أنفق وفي التفريط في الاتفاق فالقول قول المنفق لانه أمين فكان القول قوله في ذلك كولي اليتيم

(مسئلة) (فان كان الملتقط فاسقا لم تقر في يده وهو قول الشافعي) لان حفظه للولاية عليه ولا ولاية لفاسق وظاهر كلام الحنفي أنه يقر في يده لقوله وان لم يكن من وجد اللقيط أمينا منع من السفر به لئلا يدعي رقة، فعلى قوله ينبغي أن يجب الاشهاد عليه ويضم اليه من يشرف عليه لانا إذا

عليه ، وان كان مشدوداً على دابة أو كانت مشدودة في ثيابه أو كان في خيمة أو في دار فهي له ، وأما المنفصل عنه فإن كان بعيداً منه فليس في يده ، وان كان قريباً منه ككتاب موضوع إلى جانبه ففيه وجهان (أحدهما) ليس هو له لأنه منفصل عنه فهو كالبعيد (والثاني) هو له وهو أصح لان الظاهر أنه ترك له فهو له بمنزلة ما هو تحته ، ولان القريب من البائع يكون في يده ألا ترى أن الرجل يقعد في السوق ومتاعه بقربه ويحكم بأنه في يده ، والحال إذا جلس لاستراحة ترك حمله قريباً منه ، فأما المدفون تحته فقال ابن عقيل ان كان الحفر طرياً فهو له والا فلا لان الظاهر أنه إذا كان طرياً فواضع القبط حفره ، وإذا لم يكن طرياً كان مدفوناً قبل وضعه وقيل ليس هو له بحال لانه بموضع لا يستحقه إذا لم يكن الحفر طرياً فلم يكن له إذا كان طرياً كالبعيد منه ، ولان الظاهر أنه لو كان له لشده واضعه في ثيابه ليعلم به ولم يتركه في مكان لا يطلع عليه وكما حكنا بأنه ليس له فخكه حكم اللقطة وما هو له أتفق عليه منه فان كان فيه كفايته لم تجب نفقته على أحد لانه ذو مال فأشبهه غيره من الناس . إذا ثبت هذا فان الملتقطة بالاتفاق عليه بغير إذن الحاكم ذكره ابو عبدالله بن حامد لانه ولي له فلم يعتبر في الاتفاق عليه في حقه اذن الحاكم كوصي اليتيم ، ولان هذا من الأمر بالمعروف فاستوى فيه الامام وغيره كتبديد الخمر ، وروى أبو الحارث عن أحمد في رجل أودع رجلاً مالا وغاب وطالت غيبته وله ولد ولا نفقة له هل يتفق عليهم هذا المستودع من مال الغائب ؟ فقال تقوم امرأته إلى الحاكم حتى يأمره بالاتفاق

ضممنا اليه في اللقطة من يشرف عليه فهنا أولى قال القاضي والمذهب أنه ينزع من يده ، ويفارق اللقطة من ثلاثة أوجه (أحدها) أن في اللقطة معنى الكسب وليس ههنا إلا الولاية (الثاني) أن اللقطة لو انتزاعها منه ورددناها اليه بعد الحول فلذلك احتطنا عليها مع بقائها في يده وههنا لا يرد اليه بعد الانتزاع منه بحال فكان الانتزاع أحفظ (والثالث) أن المقصود ثم حفظ المال ويمكن الاحتياط عليه بان يستظهر عليه في التعريف أو ينصب الحاكم من يعرفها وههنا المقصود حفظ الحرية والنسب ولا سبيل إلى الاستظهار عليه لأنه قد يدعي رقه في بعض البلدان أو في بعض الزمان ولان اللقطة إنما يحتاج إلى حفظها والاحتياط عليها طاماً واحداً وهذا يحتاج إلى الاحتياط عايه في جميع زمانه وقد ذكرنا أن ظاهر قول الحرق أنه لا ينزع منه لانه قد ثبتت له الولاية باللقطة إياه وسبقه اليه وأمكن حفظه في يديه بالشهاد عليه وضم أمين يشارفه اليه ويشيع أمره فيظهر أنه لقيط فينحفظ بذلك من غير زوال ولايته جمعاً بين الحقين كاللقطة وكما لو كان الوصي خائباً ، قال شيخنا وما ذكره القاضي من الترجيح للقطة يمكن معارضته بان اللقيط ظاهر مكشوف لا تخفى الحيانة فيه بخلاف اللقطة فإنها خفية تنطرق اليها الحيانة ولا يعلم بها ويمكن أخذ بعضها وثقيصها وإبدالها بخلاف اللقيط ، ولان المال محل الحيانة والنفوس إلى أخذه داعية بخلاف النفوس فعلى هذا متى أراد هذا الملتقط السفر باللقط منع منه لانه يبعده ممن عرف حاله فلا يؤمن أن يدعي رقه ويبيعه

عليهم لم يجعل له الاتفاق عليهم من غير إذن الحاكم فقال بعض أصحابنا هذا مثله ، والصحيح أن هذا مخالف له من وجهين (أحدهما) أن المنتقط له ولاية على القبط وعلى ماله فإن له ولاية أخذه وحفظه (والثاني) أنه ينفق على القبط من ماله وهذا بخلافه ، ولأن الاتفاق على الصبي من مال أبيه مشروط بكون الصبي محتاجا إلى ذلك لعدم ماله وعدم نفقة تركها أبوه برسمه ، وذلك لا يقبل فيه قول المدوع فاحتيج إلى إثبات ذلك عند الحاكم ولا كذلك في مسئلتنا فلا يلزم من وجوب استئذان الحاكم ثم وجوبه في القبط ، ومتى لم يجد حاكما فله الاتفاق بكل حال لأنه حال ضرورة ، وقال الشافعي ليس له أن ينفق بغير إذن الحاكم في موضع يجد حاكما ، وإن أنفق ضمن بمنزلة ما لو كان لابي الصغير ودائم عند انسان فأنفق عليه منه وذلك لأنه لا ولاية له على ماله وإنما له حق الحضانة وإن لم يجد حاكما ففي جواز الاتفاق وجهان

والأما ما ذكرناه ابتداء ولا نسلم أنه لا ولاية له على ماله فإنا قد بينا أن له أخذه وحفظه وهو أولى الناس به ، وذكرنا الفرق بين القبط وبين ما فاسوا عليه. فإذا ثبت هذا فالمنتقط أن يستأذن الحاكم في موضع يجد حاكما لأنه أبعد من النعمة وأقطع لظنة وفيه عروج به من الخلاف وحفظ لما له من أن يرجع عليه بما أنفق فإذا ثبت هذا فينبغي أن ينفق عليه بالمعروف كما ذكرنا في ولي اليتيم فإن بلغ القبط واختلنا في قدر ما أنفق وفي التفريط في الاتفاق فالتقول قول المنتقط لأنه أمين فكان القول قوله في ذلك كولي اليتيم

(فصل) فإن كان المنتقط مستورا الحال لم تعرف منه حقيقة العدالة ولا خيانة أقر القبط في يديه لأن حكمه حكم العدل في لقطة المال والولاية في التسكح والشهادة فيه وفي أكثر الأحكام لأن الأصل في المسلم العدالة ولذلك قال عمر رضي الله عنه المسلمون عدول بعضهم على بعض فإن أراد السفر بلقبطه ففيه وجهان (أحدهما) لا يقر في يديه وهو مذهب الشافعي لأنه لم تتحقق أمانته فلا تؤمن الخيانة منه فيه (والثاني) يقر في يديه لأنه يقر في يديه في الحضر من غير مشرف يضم إليه فأشبه العدل ولأن الظاهر السر والصيانة ، فأما من عرفت عدالته وظهرت أمانته فيقر القبط في يده حضراً وسفراً لأنه مأمون إذا كان سفره لغير القلة

(مسألة) (فإن كان المنتقط رقيقاً لم يقر في يده)

وجملته أنه ليس للعبد التقاط الطفل المنبوذ إذا وجد من يلتقطه سواء لأن منافعه مملوكة لسيده فلا يذهبها في غير نفعه إلا بإذنه ولأنه لا يثبت على القبط إلا الولاية ولا ولاية أبداً فإن التقطه لم يقر في يده إلا بإذن السيد فإن أذن له أقر في يده لأنه استعان به في ذلك فصار كما لو التقطه سيده وسلمه إليه ، قال ابن عقيل إذا أذن له السيد لم يكن له الرجوع بعد ذلك وصار كما لو التقطه السيد والحكم في الأمة كالحكم في العبد ، فأما إن لم يجد أحداً يلتقطه سواء وجب التقاطه لأنه تخلص له

(مسألة) قال (وولاؤه لسائر المسلمين)

يعني ميراثه لهم فان الاقبط حر الاصل ولا ولا عليه ، وانا يرثه المسلمون لانهم خولوا كل مال لامالك له ولاهم يرثون مال من لا وارث له غير الاقبط فكذلك الاقبط ، وقول الحرقي وولاؤه لسائر المسلمين تجوز في الاقبط لاشتراك سائر المسلمين ومن له الولا . في أخذ الميراث وحيازته كله عند عدم الوارث هذا هو الظاهر وهو قول مالك والثانبي وأكثر أهل العلم ، وقال شريح وإسحاق عليه الولا . للثقة لما روى واثلة بن الاسقع قال : قال رسول الله ﷺ « المرأة تحوز ثلاثة موارث عتيقها ولقبطها وولدها الذي لا عنت عليه » أخرجه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن وقال عمر لابن جبلة في لقطه هو حر ولك وولاؤه وعلينا نفقته

ولنا قول النبي ﷺ « اما الولا . لمن أعتق » ولانه لم يثبت عليه رق ولا على آبائه فلم يثبت عليه ولا . كالمعروف نسبه ولانه إن كان ابن حرين فلا ولا . عليه وإن كان ابن معتق فلا يكون عليه ولا . تغير معتقها ، وحديث واثلة لا يثبت قاله ابن المنذر ، وخبر عمر قال ابن المنذر : أبو جبلة رجل مجهول لا تقوم بحديثه حجة . ويحتمل أن عمر رضي الله عنه عني بقوله : لك وولاؤه . أي لك ولايته والقيام به وحفظه لذلك ذكره عقيب قول عريفه أن رجل صالح وهذا يقتضي تفويض الولاية اليه لكونه مأمونا عليه

من الهلاك فهو كتخليصه من الفرق ، والمدير وأم الولد والمعلق عتقه بصفة كالفن وكذلك المكاتب لانه ليس له التبرع بماله ولا بمنافعه الا أن يأذن له سيده في ذلك
(مسألة) (أو كافر أو اللقيط مسلم)

ليس للكافر التقاط من حكم بإسلامه لانه لا ولاية لكافر على مسلم ولانه لا يؤمن أن يعلمه الكفر بل الظاهر أنه يريه على دينه وينشأ على ذلك كولد فان التقطه لم يقر في يده فان كان الطفل محكوما بكفره فله التقاطه لان الذين كفروا بعضهم أولياء بعض
(مسألة) (أو بدوي ينتقل في المواضع فقيه وجهان)

(أحدها) أنه يقر في يده لان الظاهر أنه ابن بدويين وأقراره في يد مائتقه أرجى لكشف نسبه (والثاني) يؤخذ منه فيدفع الى صاحب قرية لانه أرفه له وأخف عليه

(مسألة) (وان وجدته في الحضر وأراد نقله الى البادية لم يقر في يده لوجهين)

(أحدها) أن مقامه في الحضر أصلح له في دينه ودنياء وأرفه له (والثاني) أنه اذا وجد في الحضر فالظاهر أنه ولد فيه فبقاؤه فيه أرجى لكشف نسبه وظهور اهله واعتراهم به

(مسألة) (وان التقطه في البادية مقيم في حلة أقر في يده لانه ينقله من أرض البؤس والشقاء

الى الرفاهية والدعة والدين

دون الميراث. إذ ثبت هذا فان حكم الاقبط في الميراث حكم من عرف نسبه وانقرض أهله يدفع إلى بيت المال اذا لم يكن له وارث فان كان له زوجة فلها الربع والبقية لبيت المال وان كانت امرأة لها زوج فله النصف والباقي لبيت المال وان كانت له بنت أو ذو رحم كبت بنت أخذت جميع المال لان الرد وذا الرحم مقدم على بيت المال والله أعلم

﴿مسئلة﴾ قال (وان لم يكن من وجد الاقبط أميناً منع من السفر به)

وجملة ذلك ان الملتقط ان كان اميناً أقر الاقبط في يده لان عمر رضي الله عنه أقر الاقبط في يد أبي جميلة حين قال له عريفه انه رجل صالح ولانه سبق اليه فكان أولى به بقول النبي ﷺ من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو أحق به ، وهل يجب الاشهاد عليه ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يجب كما لا يجب الاشهاد في القطة (والثاني) يجب لان القصد بالاشهاد حفظ النسب والحرية فاخص بوجوب الشهادة كالكاح ، وفارق القطة فان المقصود منها حفظ المال فلم يجب الاشهاد فيها كاليبيع ، فأما ان كان غير أمين فظاهر كلام الحنفي انه يقر في يديه وبمنع من السفر به لللايدي رقه ويبيعه ، ويذني أن يجب الاشهاد عليه ويضم اليه من يشرف عليه لانه اذا ضمنا اليه في القطة من يشرف عليه فهنا أولى ، وقال القاضي : المذهب انه ينزع من يديه وهذا قول الشافعي لانه ليس في حفظ الاقبط الا الولاية ولا ولاية لفاسق وفارق القطة من ثلاثة أوجه (أحدها) ان في القطة معنى الكسب وليس ههنا الا الولاية

﴿مسئلة﴾ (وان التقطه في الحضر من يريد نقله الى بلد آخر للاقامة فيه لم يجز في أحد الوجهين) لان بقاءه في بلده أرجى لكشف نسبه فلم يقر في يده قياساً على المتنقل به الى البادية (والثاني) يقر في يده والبلد الثاني كالاول في الرقاية فيقر في يده كالمتنقل من أحد جانبي البلد الى الجانب الآخر وفارق المتنقل به الى البادية لانه يضر به بتقويت الرقاية عليه

﴿مسئلة﴾ (وان التقطه اثنان قدم الموسر على المعسر والحاضر على المسافر فان استويا وتشاحا فخرج بينهما) اذا التقطه اثنان وتاؤلا تناولا واحداً لم يخل من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يكون أحدهما ممن يقر في يده كالمسلم العدل الحر والآخر لا يقر في يديه كالكافر اذا كان الملتقط مسلماً والفاسق والعبد اذا لم يأذن له سيده فانه يسلم الى من يقر في يده دون شريكه كمن التقطه وحده ولان الشريك لو التقطه وحده لم يسلم اليه فاذا شاركه من هو من أهل الالتقاط كان أولى بالتسليم اليه واقاراره في يده (والثاني) أن يكونا جميعاً ممن لا يقر في يديه واحد منهما فانه ينزع منهما ويسلم الى غيرهما (الثالث) أن يكون كل واحد منهما ممن يقر في يده لو انفردا لأن أحدهما أحظ للاقبط من الآخر بأن يكون أحدهما موسراً والآخر معسراً فالموسر أحق لان ذلك أحظ للطفل وكذلك ان كان أحدهما مقيماً والآخر مسافراً لانه أرفق بالطفل

(فصل) وان التقط مسلم وكافر طفلاً محكوماً بكفره فالمسلم أحق وقال أصحابنا وأصحاب الشافعي

(والثاني) ان اللقطة لو انتزعناها منه رددناها اليه بعد الحول فاحتطنا عليها مع بقائها في يديه وههنا لا ترد اليه بعد الانتزاع منه بحال فكان الانتزاع أحوط [واثالث] ان المقصود ثم حفظ المال ويمكن الاحتياط عليه بأن يستنظر عليه في التعريف أو ينهب المالك من يعرفها وههنا المقصود حفظ الحرية والنسب ولا سبيل الى الاستغفار عليه لانه قد يدعي رقه في بعض البلدان أو في بعض الزمان ، ولان اللقطة انما يحتاج الى حفظها والاحتياط عليها عاما واحداً وهذا يحتاج الى الاحتياط عليه في جميع زمانه . وأما على ظاهر قول الحرق فلا ينزع منه لانه قد ثبتت له الولاية باللقطة اياه وسبقه اليه وأمكن حفظ القبط في يديه بالاشهاد عليه وضم أمين يشارفه اليه ويشيم أمره فيعرف انه لقط. فينحفظ بذلك من غير زوال ولايته جمعا بين الحقين كإلحاق اللقطة وكما لو كان الوصي خائناً ، وما ذكر من الترجيح للقطعة فيمكن معارضته بأن القبط ظاهر مكشوف لا تخفى الخيانة فيه واللقطة مستورة خفية تتطرق اليها الخيانة ولا يعلم بها ، ولان اللقطة يمكن أخذ بعضها وتنقيصها وإبدالها ولا يتمكن من ذلك في القبط. ولان المال محل الخيانة والنفوس الى تناوله وأخذه داعية بخلاف النفوس ، فعلى هذا حتى أراد المنتقط السفر باللقيط منع منه لانه يبعد عن عرف حاله فلا يؤمن أن يدعي رقه وببيعته

(فصل) واذا التقط القبط من هو مستور الحال لم يعرف من حقيقة العدالة ولا الخيانة أقر القبط في يديه لان حكمه حكم العدل في لقطة المال والولاية في النكاح والشهادة فيه وفي أكثر الاحكام ولان

هما سواء لان للكافر ولاية على الكافر ويقر في يده اذا انقرد باللقطة فساوى المسلم في ذلك ولنا أن دفعه الى المسلم أخط له لانه يصير مسلماً فيسعد في الدنيا والآخرة وينجو من النار ويتخلص من الجزية والصغار، فان ترجيح بهذا أولى من الترجيح باليسار الذي انما يتعلق به توسعة عليه في الاتفاق وقد يكون الموسر بخيلاً فلا تحصل التوسعة فان تعارض الترجيحان فكان المسلم فقيراً والكافر موسراً فالمسلم أولى لان النفع الحاصل له باسلامه أعظم من النفع الحاصل له بيساره مع كفره وعندهم يقدم الكافر وعلى قياس قولهم في تقديم الموسر بذني أن يقدم الجواد على البخيل لان حفظ الطفل عنده أكثر من الجهة التي يحصل له الحظ فيها باليسار ، فان تساوى وتشاحا أقرع بينهما واذا تساوى في الاوصاف التي تقتضي تقديم أحدهما على الآخر فرضي أحدهما بتسليمه الى صاحبه جاز لان الحق له فلا يمنع من الايثار به وان تشاحا أقرع بينهما لقوله تعالى (وما كنت ليهنم اذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم) ولانه لا يمكن كونه عندهما في حالة واحدة وأنهما يوماً ويوماً أو أكثر أضر بالطفل لاختلاف الاغذية عليه والانس والالف ولا يمكن دفعه الى أحدهما من غير قرعة لان حقهما متساو فتقديم أحدهما بغير قرعة محكم لا يجوز فتعين الاقراع بينهما كما يقرع بين الشركاء في تسعين السهام في القسمة وبين النساء في البداية بالقسمة وبين العبد في الاعناق والرجل والمرأة سواء ولا

(المفني والشرح الكبير) (٤٩) (الجزء السادس)

الاصل في السلم العدالة ولقد قال عمر رضي الله عنه : المسلمون عدول بعضهم على بعض ، فان اراد السفر بلقطه ففيه وجهان [أحدهما] لا يقر في يديه وهذا مذهب الشافعي لانه لم يحقق أمانته فلم تؤمن الحيانة منه (والثاني) يقر في يديه لانه يقر في يديه في الحضر من غير مشرف يضم اليه فأشبهه العدل ولان الظاهر الستر والصيانة ، فأما من عرفت عدالته وظهرت أمانته فيقر القبط في يده في سفره وحضره لانه مأمون عليه اذا كان سفره لغير النقلة

(فصل) فان كان سفر الامين بالقيط الى مكان يقيم به نظرنا فان كان النقطه من الحضر فأراد النقلة به إلى البادية لم يقر في يده لوجهين (أحدهما) أن مقامه في الحضر أصلح له في دينه ودنياه وأرفقه (والثاني) انه اذا وجد في الحضر فالظاهر أنه ولد فيه فبقاؤه فيه أرجى لكشف نسبه وظهور أهله واعترافهم به فان أراد النقلة به الى بلد آخر من الحضر ففيه وجهان (أحدهما) لا يقر في يده ولان بقاءه في بلده أرجى لكشف نسبه فلم يقر في يد المتقل عنه قياساً على المتقل به الى البادية (والثاني) يقر في يده لان ولايته ثابتة ، والبلد الثاني كالاول في الرقابة فيقر في يده كما لو انتقل من أحد جانبي البلد الى الجانب الآخر ، وفارق المتقل به إلى البادية لانه يضربه بتفويت الرقابة عليه وان انتقل من البادية فله نقله الى الحضر لانه ينتقل من أرض البؤس والشفاء إلى الرقابة والدعة والدين ، وان أقام به في حلة يستوطنها فله ذلك ، وان كان ينتقل به الى المواضع احتمل أن يقر في

ترجح المرأة ههنا كما ترجح في حضانة ولدها على أبيه لانها رجحت ثم لشفتها على ولدها وتوليها لحضاته بنفسها والاب يحضنه باجنبيه فكانت أمه أحظ له وأرقق به أما ههنا فهي أجنبية من اللقيط والرجل يحضنه باجنبيه فاستوتا ، ومذهب الشافعي على ما ذكرنا فان كان أحدهما مستورا لحال والآخر ظاهر العدالة احتمل ترجيح ظاهر العدالة لان المانم من الالتقاط منتف في حقه بغير شك والآخر مشكوك فيه فيكون الحظ للطفل في تسليمه اليه أنهم ويحتمل أن يتساويا لان احتمال وجود المانع لا يؤثر في المنع فلا يؤثر في الترجيح

(فصل) فان رأياه جميعاً فسبق اليه أحدهما فأخذه أو وضع يده عليه فهو أحق به لقوله عليه السلام « من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو أحق به » فان رآه أحدهما قبل صاحبه فسبق الى أخذه الآخر فالسابق الى أخذه أحق لان الالتقاط هو الاخذ دون الرؤية فان قال أحدهما لصاحبه ناولته فأخذه الآخر نظرنا الى نيته فان نوى أخذه لنفسه فهو أحق به كما لو لم يأمره الآخر بناولته إياه وان نوى ناولته فهو للآخر لانه فعل ذلك بنية التيا به عنه فأشبهه ما لو توكل له في تحصيل مباح ﴿ مسألة ﴾ (فان اختلفا في الملتقط منهما قدم من له يئنة)

لأنها أقوى فان كان لكل واحد منهما يئنة قدم أسبقهما تاريخاً لان الثاني انما أخذ ما قد ثبت الحق فيه لغيره فان استوى تاريخهما أو اطلقنا أو أرخت احدهما وأطلقت الاخرى تمارضتا وهل

يديه لان الظاهر أنه ابن بدويين واقاراره في يدي مائه نقطه أرجى لكشف نسبه ، ويحتمل أن يؤخذ منه فيدفع إلى صاحب قرية لانه أرغه له وأخف عليه وكل موضع قلنا ينزع من مقطعه فأنما يكون ذلك إذا وجد من يدفع اليه ممن هو أولى به فان لم يوجد من يقوم به أقر في يدي ملتقطه لان اقراره في يديه مع قصوره أولى من اهلا كه ، وان لم يوجد إلا مثل ملتقطه فملتقطه أولى به اذ لا فائدة في نزعه من يده ودفعه الى مثله

(فصل) وليس للعبد التقاط الطفل المنبوذ إذا وجد من يلتقطه سواء لان منافعه لسيده فلا يذهبها في غير نعمه الا باذنه ولانه لا يثبت على اللقيط إلا الولاية ، ولا ولاية لبيد فان التقطه لم يقر في يديه الا أن يأذن له السيد فان أذن له أقر في يديه لانه استعان به في ذلك فصار كما لو التقطه يديه وسلمه اليه . قال ابن عقيل إن أذن له السيد لم يكن له الرجوع بعد ذلك وصار كما لو التقطه ، والحكم في الامة كالحكم في المكاتب ، فلما ان لم يجد أحدا يلتقطه سواء وجب التقاطه لانه تخلص له من الهلاك فأشبهه بتخليصه من الغرق ، والمذبر وأم الولد والمعلق عتقه بصفة كالفن وكذلك المكاتب لانه ليس له التبرع بماله ولا بمنافعه إلا أن يأذن له سيده في ذلك

(فصل) وليس لكافر التقاط مسلم لانه لا ولاية لكافر على مسلم ولانه لا يؤمن أن يفنته وبعلمه الكفر بل الظاهر أنه بربيه على دينه وينشأ على ذلك كولد ، فان التقطه لم يقر في يده وان كان الطفل

يسقطان أو يستعملان فيه وجهان (أحدهما) يسقطان فيصيران كن لا بينة لهما (والثاني) يستعملان ويقرعه بينهما فن قرع صاحبه فهو أولى ، ونذكر ذلك في بابيه ان شاء الله تعالى فان كان اللقيط في يد أحدهما فهل تقدم بينته أو تقدم بينة الخارج فيه وجهان مبنيان على الروايتين في دعوى المال

(مسئلة) (فان لم يكن لهما بينة قدم صاحب اليد فيكون القول قوله مع يمينه أنه التقطه)

ذكره أبو الخطاب وهو قول الشافعي وقال القاضي قياس المذهب أنه لا يحلف بكافي الطلاق والتكاح ولنا قول النبي ﷺ « لو سخط الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه مسلم

(مسئلة) (فان كان في أيديهما أقرع بينهما فيسلم الى من تقع له القرعة مع يمينه)

وعلى قول القاضي لا يشرع اليمين ههنا ويسلم اليه بمجرد وقوع القرعة له

(مسئلة) (فان لم يكن لهما يد فوصفه أحدهما قدم)

نحو ان يقول في ظهره شامة أو بجسده علامة فيقدم بذلك ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة وقال الشافعي لا يقدم بالصفة كما لو وصف المدعي المدعى فان دعواه لا تقدم بذلك ولنا أن هذا نوع من اللقطة تقدم بوصفها كلقطة المال ولان ذلك يدل على قوة يده فكأن

محكوما بكفره فله التقاطه لأن الذين كفروا بعضهم أولياء بعض (فصل) وإن التقطه اثنان وتناولوا واحداً لم يخل من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يكون ممن يقر في بدبه كالمسلم العدل الحر والآخر ممن لا يقر في بدبه كالكافر إذا كان اللقيط مسلماً والفاقد والعبد إذا لم يأذن له سيده والمكاتب فإنه يسلم إلى من يقر في بدبه وتكون مشاركة هؤلاء كدمها لأنه لو التقطه وحده لم يقر في بدبه فإذا شاركه من هو من أهل الالتقاط أولى (الثاني) أن يكونا جميعاً لا يقر في بدبه واحد منهما فإنه يزرع منهما ويسلم إلى غيرهما (الثالث) أن يكون كل واحد منهما ممن يقر في بدبه لو انفرد إلا أن أحدهما أحظ للقيط من الآخر مثل أن يكون أحدهما موسراً والآخر معسراً فالمرس أحق لأن ذلك أحظ للطفل، وإن التقطه مسلم وكافر طفلاً محكوماً بكفره فالمسلم أحق، وقال أصحابنا وأصحاب الشافعي هما سواء لأن الكافر ولاية على الكافر ويقر في بدبه إذا انفرد بالتقاطه فساوى المسلم في ذلك ولنا أن دفعه إلى الله لم أحظ له لأنه يصير مسلماً فيسعد في الدنيا والآخرة وينجو من النار ويتخلص من الجزية وانصافاً فالترجيح بهذا أولى من الترجيح بإيسار الذي إنما يتعلق به توسعة عليه في الاتفاق، وقد يكون المورس بخيلاً لا تحصل التوسعة فإن تعارض الترجيحان فكان المسلم فقيراً والكافر موسراً فالمسلم أولى لأن النفع الحاصل له بإسلامه أعظم من النفع الحاصل بإيساره مع كفره، وعلى قياس قولهم في تقديم المورس ينبغي أن يقدم الجواد على البخيل لأن حظ الطفل عنده أكثر من

مقدمها، وقياس اللقيط على اللقطه أولى من قياسه على غيرها لأن اللقيط لقطه، وإن لم يصفه أحدهما فقال القاضي وأبو الخطاب يسلمه الحاكم إلى من يرى منهما أو من غيرها لأنه لاحق لهما قال شيخنا والأولى أن يقرع بينهما كما لو كان في أيديهما لأنهما تنازعا حقاً في يد غيرهما أشبه ما لو تنازعا دية عند غيرهما (فصل) قال رحمه الله (وميراث اللقيط وديته أن قتل لبيت المال أن لم يخلف وارثاً، ولا ولاء عليه) وأما يرثه المسلمون لأنهم خولوا كل مال لا مالك له ولأنهم يرثون مال من لا وارث له غير اللقيط فكذلك اللقيط وهو قول مالك والشافعي وأكثر أهل العلم، وقال شريح وإسحاق عليه الولاء للقطه لقول عمر رضي الله عنه لابي جميلة في لقيطه هو حر ولك ولاؤه ولما روى وثالة بن الأسقع قال قال رسول الله ﷺ «المرأة تحوز ثلاث موارث عتيقها ولقيطها وولدها الذي لا عنت عليه» أخرجه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن

ولنا قول النبي ﷺ «لما الولاء لمن اعتق» ولأنه لم يثبت عليه رق ولا على آبائه فلم يثبت عليه ولاء كعروف النسب ولأنه لا ولاء عليه إن كان ابن حرين، وإن كان ابن معتق فلا يكون عليه ولاء لغير معتقها وحديث وثالة لا يثبت قاله ابن المنذر وقال في خبر عمر أبو جميلة رجل مجهول لا تقوم بحديثه حجة، ويحتمل أن يكون عمر رضي الله عنه عنى بقوله لك ولاؤه ولاية القيام به وحفظه ولذلك ذكره عقيب قول عريفه أنه رجل صالح وهذا يقتضي تفويض الولاية إليه لكونه مأموماً عليه دون الميراث

الجهة التي يحصل له الحظ فيما باليسار، وربما تخلق بأخلاقه وتعلم من جوده (الرابع) أن يتساويا في كونها مسلمين عدلين حريين مقيمين فيها سواء، فيه فإن رضي أحدهما باسقاط حقه وتسليمه إلى صاحبه جاز لأن الحق له فلا يمنع من الاثارة به، وإن تشاحا أقرع بينهما لقول الله تعالى (وما كنت قبهم اذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم) ولأنه لا يمكن كونه عندهما لأنه لا يمكن أن يكون عندهما في حالة واحدة، وإن هما ياء فجعل عند كل واحد يوا أو أكثر من ذلك أضر بالطفل لأنه يختلف عليه الأغذية والانس والالف ولا يمكن دفعه إلى أحدهما دون الآخر بغير قرعة لأن حقهما متساو فتعين أحدهما بالتحكم لا يجوز فتعين الاقراع بينهما كما يقرع بين الشركاء في تعيين السهام في القسمة وبين النساء في البداية بالقسمة وبين العبيد في الاعتاق والرجل والمرأة سواء ولا ترجح المرأة هنا كترجح في حفاة ولدها على أبيه لأنها رجعت ثم لشقتها على ولدها وتوليها لحضاته بنفسها والاب يحضنه بأجنبية فكانت أمه أحظ له وأرق به، أما ههنا فأنها أجنبية من القبط والرجل يحضنه بأجنبية فاستويا، ومذهب الشافعي في هذا الفصل جميعه على ما ذكرنا، فإن كان أحدهما مستور الحال والآخر ظاهر العدالة احتل أن يرجح العدل لأن المانع من الانتقاط متف في حقه بغير شك والآخر مشكوك فيه فيكون الحظ للطفل في تسليمه إليه أم، ويحتل أن يتساويا لأن احتمال وجود المانع لا يؤثر في المنع فلا يؤثر في الترجيح (فصل) وإن رآياه جميعا فسبق أحدهما فأخذه أو وضع يده عليه فهو أحق به لقوله عليه السلام

إذا ثبت هذا حكم اللقيط في الميراث حكم من عرف نسبه وانقرض أهله يدفع إلى يث المال إذا لم يكن له وارث فإن كانت له زوجة فلها الربع والباقي لبيت المال كن عرف نسبه والله أعلم فإن قتل خطأ قلبية لبيت المال لأن حكمها حكم الميراث وهو لبيت المال كذلك الدية

(مسئلة) (وإن قتل عمداً فويله الامام إن شاء اقتص وإن شاء أخذ الدية)

أي ذلك فمل جاز إذا رآه أصالح وبه قال أبو حنيفة والشافعي وابن المنذر إلا أن أبا حنيفة يخبره بين القصاص والمصالحة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «فالسultan ولي من لاولي له» ومتى عفا على مال أو صالح عليه كان لبيت المال كجناية الخطأ الموجبة للمال.

(مسئلة) (وإن قطع طرفه عمداً انتظر بلوغه إلا أن يكون فقيراً مجنوناً فللامام العفو على

مال ينفقه عليه)

إذا جني على اللقيط جناية فيما دون النفس توجب المال قبل بلوغه فلولبه أخذ الارش وإن كانت موجبة للقصاص وله مال يكفيه وقف الامر على بلوغه ليقص أو يعفو سواء كان ماقلاً أو معتوهاً وكذلك ان لم يكن له مال وكان ماقلاً وإن كان معتوهاً فللامام العفو دلى مال ينفق عليه لأن المعتوه ليست له حال معلومة تنتظر لان ذلك قد يدوم به بخلاف العاقل فإن له حالة تنتظر ويحبس الجاني في الحال التي ينتظر بلوغه حتى يبلغ ويستوفي لنفسه وهذا مذهب الشافعي وقدروي عن أحمد أن

« من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به » وإن رآه أحدهما قبل صاحبه فسبق إلى أخذه الآخر فالسابق إلى أخذه أحق لأن الالتقاط هو الأخذ لا الرؤية . ولو قال أحدهما لصاحبه ناولنيه فأخذه الآخر نظرنا إلى نيت قاذن نوى أخذه لنفسه فهو أحق كولو لم يأمره الآخر بمناواته إياه وأن نوى مناواته فهو للأمر لأنه فعل ذلك بنية النيابة عنه فأشبهه ما لو توكل له في تحصيل مباح

(فصل) فإن اختلفا فقال كل واحد منهما أما التقطته ولا بيننا لأحدهما وكان في يد أحدهما فاقول قوله مع بينته أنه التقطه ، ذكر ذلك أبو الخطاب وهذا قول الشافعي . وقال القاضي : قياس المذهب انه لا يخلف كما في الطلاق والنكاح

ولنا قول النبي ﷺ « لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن النبي على المدعى عليه » رواه مسلم ، فإن كان في يديهما أفرع بينهما فن قرع صاحبه حان وسلم إليه ، وعلى قول القاضي لا تشرع النبي ههنا ويحكم إليه بمجرد وقوع القرعة له ، وإن لم يكن في يد واحد منهما فقال القاضي وأبو الخطاب يسلمه الحاكم إلى من يرى منهما أو من غيرهما لأنه لاحق لهما ، والاولى أن يقرع بينهما كما لو كان في أيديهما لأنهما تنازعا حقا في يديهما فأشبه ما لو تنازعا وديعة عند غيرهما فإن وصفه أحدهما مثل أن يقول في ظهره شامة أو بجسده علامة وذكر شيئا في جسده مستورا فقال أبو الخطاب يقدم بالصفة وهو قول أبي حنيفة ، وقال الشافعي : لا يقدم بالصفة كما لو وصف المدعي المدعى فإنه لا تقدم به دعواه

للإمام استيفاء القصاص له قبل بلوغه وهو مذهب أبي حنيفة لأنه أحد نوعي القصاص فكان للإمام استيفاءه عن اللقيط . كالتفيس

ولنا أنه قصاص لم يتحتم استيفاءه فوقف على من هو له كما لو كان بالغا غائبا ، وفارق القصاص في النفس لأن القصاص ليس هو له بل هو لوارثه والامام المتولي له

(فصل) إذا جنى اللقيط جناية تحملها العاقلة فهي على بيت المال لأن ميراثه له ونفقته عليه وإن جنى جناية لا تحملها العاقلة فحكم فيها حكم غير اللقيط إن كانت توجب القصاص وهو بالغ قاتل اقتص منه وإن كانت موجبة للمال وله مال استوفي منه والا كان في ذمته حتى يوسر وإن قذف اللقيط بعد بلوغه محصنا حد ثمانين لأنه حر

(مسئلة) وإن ادعى الجاني عليه أوقاذفه رقه وكذبه اللقيط بعد بلوغه فالقول قول اللقيط

إذا قذف اللقيط قاذف وهو محصن فعليه الحد فإن ادعى القاذف رقه فصدقه اللقيط سقط الحد لإقرار المستحق بسقوطه وإن ادعى أنه عبد فصدقه وجب على القاذف التعزير لقذفه من ليس بمحصن وإن كذبه اللقيط فالقول قوله لأنه محكوم بحريته فقله موافق للظاهر ولذلك أوجبنا عليه حد الحر إذا كان قاذفاً، وإن ادعى الجاني رقه وكذبه اللقيط وادعى الحرية أوجبنا له القصاص وإن كان الجاني

ولنا ان هذا نوع من القطة تقدم بوصفها كقطة المال ولان ذلك يدل على قوة يده فكان مقدما بها وقياس القبط على القطة أولى من قياسه على غيرها لان القبط لقطة أيضا ، وان كان لأحدهما بينة قدم بها وان كان لكل واحد منهما بينة قدم أسبقهما تاريخا لان الثاني انما أخذ من قد ثبت الحق فيه لغيره وان استوى تاريخهما أو أطلقنا معا أو أرخت أحدهما وأطلقت الأخرى فقد تعارضتا ، وهل يستعملان أو يستعملان ؟ فيه وجهان (أحدهما) يستطآن فيصيران كن لا بينة لهما (والثاني) يستعملان ويقرع بينهما فمن قرع صاحبه كان أول ، وسنذكر ذلك في باب ان شاء الله تعالى ، وان كان القبط في يد أحدهما فل تقدم بيته على بينة الآخر أو تقدم بينة الخارج ؟ فيه وجهان مبنيان على الروايتين في دعوى المال ، وان كان أحد المتدعيين ممن لا تقر يده على القبط أقر في يد الآخر ولم يلتفت الى دعوى من لا يقر في يده بحال

(مسألة) قال (وإذا ادعاه مسلم وكافر أري القاعة فبأيها الحق)

يعني إذا ادعى نسبه فلا تخلو دعوى نسب القبط من قسمين (أحدهما) أن يدعيه واحد منفرد بدعواه فينظر فان كان المدعي رجلا مسلما حراً لحق نسبه به بشير خلاف بين أهل العلم إذا أمكن أن يكون منه لان الاقرار محض نفع للطفل لا اتصال نسبه ولا مضرة على غيره فيه تقبل كما لو أقره بمال ،

حرراً لما ذكرنا ، قال شيخنا ويحتمل أن يكون القول قول الفاذف لانه يحتمل صحة قوله بأن يكون ابن أمة فيكون ذلك شبهة والحد يندري بالشبهات ، وفارق القصاص له إذا ادعى الجاني عليه أنه عبد لان القصاص ليس بمحد وانما وجب حقاً لا دمي ولذلك جازت المصالحة عنه وأخذ بدله بخلاف حد القذف وإن قلنا ان القذف حق لا دمي فهو كالقصاص ويخرج من هذا أن القبط إذا كان قاذفا فادعى أنه عبد ليجب عليه حد العبد قبل منه لذلك والاول أصح لان من كان محكوماً بحريته لا يسقط الحد عن قاذفه باحتمال رقه بدليل مجهول النسب ولو سقط لهذا الاحتمال لسقط وان لم يدع القاذف رقه لانه موجود وان لم يدعه .

(مسألة) (وإذا ادعى انسان أنه مملوك لم يقبل الا بينة تشهد أن أمته ولدته في ملكه ويحتمل أن لا يعتبر قولها في ملكه)

وجملة ذلك أنه اذا ادعى رق القبط مدع سمعت دعواه لانها ممكنة وان كانت مخالفة لظاهر الدار فان لم يكن له بينة فلا شيء له لانها دعوى تخالف الظاهر ، وتنفرد دعوى النسب من وجهين (أحدهما) أن دعوى النسب لا تخالف الظاهر ودعوى الرق تخالفه (والثاني) أن دعوى النسب يثبت بها حقاً للقبط ودعوى الرق يثبت بها حقاً عليه فلم تقبل بمجرد ادعاء رق غير القبط فان لم يكن له بينة سقطت الدعوى وان كانت له بينة فشهدت بالملك أو باليد لم يقبل فيه الا شهادة رجلين أو رجل

ثم ان كان المقر به ملتقطه أقر في يديه وان كان غيره فله أن ينتزعه من الملتقط لانه قد ثبت انه أبوه فيكون أحق بولده كما لو قامت به بينة ، وان كان المدعي له عبداً لحق به أيضا لان لانه حرمة فالحق به نسبه كالحرة ، وهذا قول الشافعي وغيره غير أنه لا يثبت له حضانة لانه مشغول بخدمة سيده ولا تجب عليه نفقته لانه لا مال له ولا على سيده لان الطفل محكوم بحريته فتكون نفقته في بيت المال ، وان كان المدعي ذميا لحق به لانه أقوى من العبد في ثبوت الفرائض فانه يثبت له بالنكاح والوطء في الملك ، وقال أبو ثور لا يلحق به لانه محكوم باسلامه

ولنا انه اقر بنسب مجهول النسب يمكن أن يكون منه وليس في اقراره اضرار بغيره فيثبت اقراره كالمسلم ، اذا ثبت هذا فانه يلحق به من النسب لا في الدين ، ولا حق له في حضانته ، وقال الشافعي في أحد قولييه : يتبعه في دينه لان كلما لحق به نسبه لحق به في دينه كالبينة الا أنه يحال بينه وبينه

ولنا ان هذا حكم باسلامه فلا يقبل قول الذي في كفره كما لو كان معروف النسب ولأنه ادعى مخالفا للظاهر فلم يقبل بمجرد ادعائه رقه ولانه لو تبعه في دينه لم يقبل اقراره بنسبه لانه يكون اضرارا به فلم يقبل كدعوى الرق ، اما بمجرد النسب بدون اتباعه في الدين فمصلحة عارية عن الضرر قبل قوله فيه ولا يجوز قبوله فيما هو اعظم الضرر والخزي في الدنيا والآخرة وان كان المدعي امرأة

وامرأتين وان شهدت بالولادة قبل فيه رجل واحد وامرأة واحدة لانه مما لا يطلع عليه الرجال ومتى شهدت البينة باليد فان كانت الملتقط لم يثبت بها ملك لانتا عرفنا سبب يده وان كانت لأجنبي حكم له باليد والقول قوله مع يمينه في الملك ، وان شهدت بالملك فقالت تشهد أنه عبده أو مملوكه حكم بها وإن لم تذكر سبب الملك كما لو شهدت بملك دار أو ثوب فان شهدت بأن أمته ولدته في ملكه حكم له به لان أمته لا تلد في ملكه الا ماله وان شهد أنه ابن أمته أو أن أمته ولدته ولم يقل في ملكه احتدل ان يثبت له الملك بذلك كقولها في ملكه لان أمته ماله فهاؤها ملكه كسمنها واحتمل أن لا يثبت به الملك لانه يجوز ان تلده قبل ملكه اياها فلا يكون له وهو ابن أمته

(فصل) فان كانت الدعوى بعد بلوغ القبط كلف لإجابته فان انكر ولا بينة للبدعي لم تقبل دعواه وان كانت له بينة حكم بها فان كان القبط قد تصرف قبل ذلك بيوم أو شراء نقصت تصرفاته لان تصرفه كان بغير إذن ماله .

(مسألة) (وان أقر بالرق بعد بلوغه لم يقبل وعنه يقبل وقال القاضي يقبل فيما عليه رواية واحدة وهل يقبل في غيره ؟ على روايتين)

إذا ادعى انسان رق القبط بعد بلوغه فصدقه وكان قد اعترف بالحرية لنفسه قبل ذلك لم يقبل اقراره بالرق لانه اعترف بالحرية وهي حق لله تعالى فلا يقبل رجوعه في إبطالها وان لم يكن اعترف

امرأة فاختلف عن أحد رحمه الله فروي أن دعوتها تقبل ويلحقها نسبه لأنها أحد الأبوين فثبت النسب بدعوتها كالأب ولأنه يمكن أن يكون منها كما يكون ولد الرجل بل أكثر لأنها تأتي به من زوج ووطء بشبهة ويلحقها ولدها من الزنا دون الرجل ولأن في قصة داود وسليمان عليهما السلام حين تحاكم إليهما امرأتان كان لهما ابنتان فذهب الذئب بأحدهما فادعت كل واحدة منهما أن الباقي ابنها وأن الذي أخذه الذئب ابن الأخرى فحكم به داود للأبوى وحكم به سليمان للأخري بمجرد الدعوى منها وهذا قول بعض أصحاب الشافعي فلي هذه الرواية يلحق بها دون زوجها لأنه لا يجوز أن يلحقه نسب ولد لم يقر به وكذلك إذا ادعى الرجل نسبه لم يلحق بزوجه فإن قبل الرجل يمكن أن يكون له ولد من امرأة أخرى أو من أمته والمرأة لا يحمل لما نكح غير زوجها ولا يحمل وطؤها غيره قلنا يمكن أن تلد من وطئ شبهة أو غيره وإن كان الولد يحتمل أن يكون موجوداً قبل أن يتزوجها هذا الزوج يمكن أن يكون من زوج آخر فإن قيل إنما قبل الإقرار بالنسب من الزوج لما فيه من المصلحة بدفع العار عن الصبي وصيغته عن النسبة إلى كونه ولزنا ولا يحصل هذا بالحاق نسبه بالمرأة بل الحاقها بها دون زوجها تطرق للدار إليه وإليها قلنا بل قبلنا دعواه لأنه يدعي حقاً لا منازع له فيه ولا مضرة على أحد فيه فقبل قوله فيه كدعوى المال وهذا متحقق في دعوى المرأة (والرواية الثانية) أنها إن كان لها زوج لم يثبت النسب بدعوتها لأفضائه إلى الحاق النسب بزوجها بغير إقراره ولا رضاه وإلى

بالحرية احتمال وجهين (أحدهما) يقبل وهو قول أصحاب الرأي لأنه مجهول الحال أقر بالرق فقبل كما لو قدم رجلاً من دار الحرب فأقر أحدهما للآخر بالرق وكأقراره بالحد والقصاص في نفسه فإنه يقبل وإن تضمن فوات نفسه ويحتمل أن لا يقبل قال شيخنا وهو الصحيح لأنه يبطل به حق الله تعالى في الحرية المحكوم بها فلم يصح كما لو أقر بالحرية قبل ذلك ولأن الطفل المنبذ لا يعلم رق نفسه ولا حريتها ولم يتجدد له حال يعرف به رق نفسه لأنه في تلك الحال ممن لا يعقل ولم يتجدد له رق بعد التقاطه فكان إقراره باطلاً وهذا قول ابن القاسم وابن المنذر والشافعي وجهان كما ذكرنا فإن قلنا يقبل إقراره صارت أحكامه أحكام العبيد فيما عليه خاصة وهذا الذي قاله القاضي ، وبه قال أبو حنيفة والمزني وهو أحد قولي الشافعي لأنه أقر بما يوجب حقاً عليه وحقاً له فوجب أن يثبت ما عليه دون ماله كما لو قال لفلان علي ألف ولي عنده رهن وفيه وجه آخر أنه يقبل إقراره في الجميع وهو القول الثاني للشافعي لأنه يثبت ما عليه فيثبت ماله كالبينة ولأن هذه الأحكام تبع للرق فإذا ثبت الأصل بقوله ثبت التبع كما لو شهدت امرأة بالولادة ثبتت وثبت النسب تبعاً لها

(فصل) فلما إن أقر بالرق ابتداءً لالسان فصدقه فهو كما لو أقر به جواباً وإن كذبه بطل إقراره فإن أقر به بعد ذلك لرجل آخر جاز ، وقال بعض أصحابنا يتوجه أن لا يسم إقراره الثاني لأن إقراره الأول يتضمن الاعتراف بنفي مالك له سوى المقر له فإذا بطل إقراره برد المقر له بقي الاعتراف بنفي مالك له غيره فلم يقبل إقراره بما نفاه كما لو أقر بالحرية ثم أقر بعد ذلك بالرق

ان امرأته وطئت بزنا أو شبهة وفي ذلك ضرر عليه فلا يقبل قولها فيما يلحق الضرر به وان لم يكن لها زوج قبلت دعواها لعدم هذا الضرر وهذا ايضا وجه لاصحاب الشافعي (والرواية الثالثة) نقلها الكوسنج عن احمد في امرأة ادعت ولدا ان كان لها اخوة أو نسب معروف لا تصدق الا بينة وان لم يكن لها دافع لم يحمل بينها وبينه لانه اذا كان لها اهل ونسب معروف لم تخف ولادتها عليهم ويتضررون بالحاق النسب بها لما فيه من تعييرهم بولادتها من غير زوجها وايس كذلك اذا لم يكن لها اهل ويحتمل ان لا يثبت النسب بدعوتها بحال وهذا قول الثوري والشافعي وأبي ثور واصحاب الرعي قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن النسب لا يثبت بدعوة المرأة لأنها يمكنها إقامة البينة على الولادة فلا يقبل قولها بمجرد كماله على زوجها طلاقا بولادتها

ولنا أنها أحد الوالدين فاشبهت الأب وإمكان البينة لا يمنع قول القول كالرجل فإنه يمكنه البينة ان هذا ولد على فراشه وان كان المدعي أمة فهي كالحرة الا اننا اذا قبلنا دعوتها في نسب لم تقبل قولها في رقة لاننا تقبل الدعوي فيما يضره كما لم تقبل الدعوي في كثره اذا ادعى نسبه كافر

(القسم الثاني) ان يدعي نسبه اثنان فصاعداً والكلام في ذلك في فصول (أحدها) انه اذا ادعاه مسلم وكافر أو حر وعبد فهما سواء وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة المسلم اولى من الذي والحر اولى من العبد لان على القبط ضرر في الحاقه بالعبد والذي فكان الحاقه بالحر المسلم اولى كمالوتنازعوا في الحضنة ولما ان كل واحد لو انفرد صحت دعواه فاذا تنازعوا تسادوا في الدعوي كالأحرار المسلمين

ولنا أنه إقرار لم يقبله المقر له فلم يمنع إقراره ثانيا كالأقر له بثوب ثم أقر به لا آخر بعد رد الاول وفارق الإقرار بالحربة فان الإقرار بها لم يبطل ولم يرد

(فصل) فاذا قبلنا إقراره بالرق بعد نكاحه وهو ذكر وكان قبل الدخول فسد النكاح في حقه لانه عبد تزوج بغير إذن مواليه ولها عليه نصف المهر لانه حق عليه فلم يسقط بقوله وان كان بعد الدخول فسد نكاحه وعليه المهر كله لما ذكرنا لان الزوج يملك الطلاق فاذا أقر به قبل ولده حر تابع لأمه وان كان متزوجاً بأمه فولده لسيدها ويتعلق المهر بقرنته لان ذلك من جناباته بغيره سيده أو سلمه وان كان في يده كسب استوفى المهر منه لانه لم يثبت إقراره به لسيده بالنسبة الى امرأته ولا ينقطع حقها منه بإقراره ، وإن قلنا يقبل قوله في جميع الأحكام فالنكاح فاسد لكونه زوج بغير إذن سيده ويفرق بينهما ولا مهر لها عليه إن لم يكن دخل بها، وإن كان دخل بها فإليه المهر المسمى في إحدى الروايتين والأخرى خساء

(فصل) وإن كان القبط أنثى وقلنا يقبل فيما عليه خاصة فالنكاح صحيح في حقه فان كان قبل الدخول فلا مهر لها لإقرارها بفساد نكاحها أو أنها أمة تزوجت بغير إذن سيدها والنكاح الفاسد لا يجب المهر فيه إلا بالدخول وإن كان دخل بها لم يسقط مهرها وليسيدها الأقل من المسمى أو مهر المثل لان المسمى إن كان أقل فالزوج ينكر وجوب الزيادة عليه وقولها غير مقبول في حقه وان كان الأقل مهر المثل فهي وسيدها يقران بفساد النكاح وان الواجب مهر المثل فلا يجب أكثر منه إلا

وما ذكره من الضرر لا يتحقق فإنا لا نهم بركه ولا كفره ولا يشبه النسب الحضنة بدليل إذا قدم في الحضنة المومر والحضري ولا تقدمهما في دعوى النسب قال ابن المنذر إذا كان عبد امرأته أمة في أيديهما صبي فادعى رجل من العرب امرأته عرية أنه ابنه من امرأته فاقام العبد بيته بدعواه أنه ابنه فهو ابنه في قول أبي ثور وغيره وقال أصحاب الرأي يقضى بالعربي للعنق الذي يدخل فيه وكذلك لو كان المدعى من الموالي عديم وقولهم هذا غير صحيح لأن العرب وغيرهم في أحكام الله ولحق النسب بهم سواء (الفصل الثاني) أنه إذا ادعاه اثنين فكان لأحدهما به بيعة فهو ابنه وإن أقاما يتيين تعارضتا وسقطتا ولا يمكن استعمالهما هاهنا لأن استعمالهما في المال أما بقسمته بين المتداعين ولا سبيل إليه هاهنا وأما بالأقراع بينهما والقرعة لا يثبت بها النسب فإن قيل فإن ثبوته هاهنا يكون بالبيعة لا بالقرعة وإنما القرعة مرجحة قلنا فبازم أنه إذا اشترك رجلان في وطئ امرأة فأنت بولد يقرع بينهما ويكون ملوكة بالوطئ لا بالقرعة

(الفصل الثالث) أنه إذا لم تكن به بيعة أو تعارضت به بيتان وسقطتا فإنا نريه اتفاقية معهما أو مع عصبتها عند قدمها فتلحقه بمن ألحقته به منها هذا قول أنس وعطاء وزيد بن عبد الملك والأوزاعي والليث والشافعي وأبي ثور، وقال أصحاب الرأي لاحكم للقافة ويلحق بالمدعين جميعا لأن الحكم بالقافة تعويل على مجرد الشبه والظن والتخمين فإن الشبه يوجد بين الأجانب وينفي بين الأقارب ولهذا روي

على الرواية التي يجب فيها المسمى في النكاح الفاسد فيجب ههنا قل أو كثر لافرار الزوج بوجوبه ، وأما الأولاد فأحرار لا تجب قيمتهم لأنها لو وجبت لوجبت بقولها ولا يجب بقولها حق على غيرها ولا يثبت الرق في حق أولادها بقولها فإما لإبقاء النكاح فيقال للزوج قد ثبت أنها أمة ولدها رقيق لسيدها فإن اخترت المقام على ذلك فأقم وإن شئت ففارقها وسواء كان ممن يجوز له نكاح الاماء أو لم يكن لانا لو اعتبرنا ذلك وأفسدنا نكاحه لكان أفساداً للعقد جميعه بقولها لأن شروط نكاح الامة لا تعتبر في استدامة العقد إنما تعتبر في ابتدائه فإن قيل فقد قلتم قولها في أنها أمة في المستقبل وفيه ضرر على الزوج قلنا لم يقبل قولها في إيجاب حق لم يدخل في العقد عليه فإما الحكم في المستقبل فيمكن إبقاء حقه وحق من ثبت له الرق عليها بأن يطلقها فلا يلزمه ما لم يدخل عليه أو يقيم على نكاحها فلا يسقط حق سيدها فإن طلقها اعتدت عدة الحرة لأن عدة الطلاق حق للزوج بدليل أنها لا تجب إلا بالدخول وببها النكاح السابق فلا يقبل قولها في تنقيصها وإن مات اعتدت عدة الامة لأن المذهب فيها حق الله تعالى بدليل وجوبها قبل الدخول وقبل قولها فيها وإن قلنا بقول قولها في جميع الأحكام فهي أمة تزوجت بغير إذن سيدها فنكاحها فاسد ويفرق بينهما ولا مهر لها إن كان قبل الدخول وإن كان دخل بها وجب لها مهر أمة تزوجت بغير إذن سيدها على ما ذكر في موضعه، وهل يجب مهر المثل أو المسمى ؟ فيه روايتان ، وتمتدحيضتين لأنه وطئ في نكاح فاسد وأولاده أحرار

عن النبي ﷺ أن رجلاً أتاه فقال يا رسول الله إن امرأتى ولدت غلاماً أسود فقال « هل لك من أبل ؟ » قال نعم ، قال « فما ألوانها ؟ » قال حر ، قال « فهل فيها من أورك ؟ » قال نعم ، قال « أتى أُناسها ذلك ؟ » قال لعل عرقاً نزع قال « وهذا لعل عرقاً نزع » متفق عليه ، قالوا ولو كان الشبه كافياً لآكتفى به في ولد الملاعة وفيما إذا أقر أحد الورثة بأخ فأنكره الباقون

ولنا ما روي عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ دخل عليها يوماً مسروراً بهرق أساور وجهه فقال « ألم تري أن محمداً المدلجي نظر آتفاً إلى زيد وأسامة وقد غطيا رؤسهما وبدت أقدامهما فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض ؟ » متفق عليه فلو جاز الاعتماد على القادة لما سر به النبي ﷺ ولا اعتمد عليه ، ولأن عمر رضي الله عنه قضى به بحضرة الصحابة فلم ينكره منكر فكان إجماعاً وبطل على ذلك قول النبي ﷺ في ولد الملاعة « انظروها فإن جاءت به حمش الساقين كأنه وحره فلا أراه إلا قد كذب عليها ، وإن جاءت بها أكحل بعد أجمالها يسابع الأيتيم خدج الساقين فهو الذي رميت به » فأنت به على الذمت المكره فقال النبي ﷺ « لولا الإيمان لكاذبي ولهاشأن » فقد حكم به الذي ﷺ الذي أشبهه منها ، وقوله « لولا الإيمان لكاذبي ولهاشأن » يدل على أنه لم يمتنع من العمل بالشبه إلا الإيمان ، فإذا انتفى المنع يجب العمل به لو حود مقتضياً وكذلك قول النبي ﷺ في ابن أمة معة حين رأى به شبهاً يئنا بعنة بن أبي وقاص « أحتمجي منه يا ودة ، فعمل بالشبه في حجب سوده عنه فإن قيل فالحد يثان حجة عليكم إذ لم يحكم النبي ﷺ

لاعتقاده حرثتها فهو مغرور عليه قيمتهم يوم الوضع وإن مات فليس عليها عدة الوفاة .

(فصل) فإن كان قد تصرف ببيع أو شراء فتصرفه صحيح وما عليه من الحقوق والائتمان يؤدي مما في يده وما بقي فني ذمته لأن معاملته لا يقر برقه وإن قلنا بقبول أقراره في جميع الأحكام فسدت عقودها كلها ورجب رد الأعيان إلى أربابها إن كانت باقية وإن كانت نالفة وجبت قيمتها في رقبته أو في ذمته على ما ذكرنا في استدانة العبد لأنه ثبت برضى صاحبه

(فصل) فإن كان قد جنى جنابة موجبة للقصاص فعليه القود حراً كان المجنى عليه أو عبداً لأن أقراره بالرق يقتضي وجوب القود عليه فيما إذا كان المجنى عليه عبداً أو حراً فقبل أقراره فيه وإن كانت الجنابة خطأ تعلق أرشها برقبته لأن ذلك مضر به فإن كان أرشها أكثر من قيمته وكان في يده مال استوفي منه ، وإن كان مما تحمله العاقلة لم يقبل قوله في إسقاط الزيادة لأن ذلك يضر بالمجنى عليه فلا يقبل قوله فيه وقيل تجب الزيادة في بيت المال لأن ذلك كان واجباً للمجنى عليه فلا يقبل قوله في إسقاطه وإن جنى عليه جنابة موجبة للقود وكان الجاني حراً سقط لأن الحر لا يقاد بالعبد وقد أقر المجنى عليه بما يسقط القصاص وإن كانت موجبة للمال تقل بالرق وجب أقل الأمرين وإن كان مساوياً للواجب قبل الإقرار وجب ويدفع الواجب إلى سيده وإن كان الواجب يكثر لكونه قيمته عبداً أكثر من دينه حراً لم يجب إلا أرش الجنابة على الحر وإن قلنا يقبل قوله في جميع الأحكام وجب

بالشبه فيها بل الحق الولد زمعة وقال لعبد بن زمعة « هو لك يا عبد بن زمعة ، الولد للفراش وللعاهر الحجر » ولم يعمل بشبه ولد الملاعة في اقامة الحد عليها لشبهه بالمقذوف قلنا انما لم يعمل به في ابن أمة زمعة لان الفراش أقوى وترك العمل بالبينة لمعارضة ما هو أقوى منه لا يوجب الاعراض عنه اذا خلت عن المعارض ، وكذلك ترك اقامة الحد عليها من أجل أيمانها بدليل قوله « لولا الايمان لكاذبي ولها شأن » على أن ضعف الشبه عن اقامة الحد لا يوجب ضعفه عن إلحاق النسب فان الحد في الزنا لا يثبت الا بأقوى البينات وأكثرها عدداً وأقوى الاقرار حتى يعتبر فيه تكراره أربع مرات ويدراً بالشبهات والنسب يثبت بشهادة امرأة واحدة على الولادة ويثبت بمجرد الدعوى ويثبت مع ظهور اثباته حتى لو أن امرأة أتت بولد وزوجها غائب عنها منذ عشرين سنة لحقاً ولدها فكيف يخرج على نفيه بعدم إقامة الحد ولانه حكم بظن غالب ، ورأي راجح ممن هو من أهل الخبرة فجاز كقول المتوهمين ، وقولهم ان الشبه يجوز وجوده وعدمه قلنا الظاهر وجوده ولهذا قال النبي ﷺ حين قالت أم سلمة أو تري ذلك المرأة؟ قال « فمن أين يكون الشبه؟ » والحديث الذي احتجوا به حجة عليهم لان انكار الرجل ولده لمخالفة لونه وعزمه على نفيه لذلك يدل على أن العادة خلافه وأن في طباع الناس انكاره وان ذلك انما يوجد نادراً وانما ألحقه النبي ﷺ به لوجود الفراش وتجوز مخالفة الظاهر لدليل ولا يجوز تركه من غير دليل ولان ضعف الشبه عن نفي النسب لا يلزم منه ضعفه عن إثباته فان النسب يحتاج لإثباته ويثبت بأدنى

أرض الجناية على العبد وان كان الارض تحمله العاقلة اذا كان حراً سقطت عن العاقلة ولم يجب على الجاني لأن اقراره بالارق يتضمن اقراره بالسقوط عن العاقلة ولم يقبل اقراره على الجاني فسقط ، وقيل لا يتحول عن العاقلة وعلى قول من قال : يقبل اقراره في الاحكام كلها يوجب الارش على الجاني والله أعلم ﴿ مسألة ﴾ (وان قال اني كافر لم يقبل قوله وحكمه حكم المرتد ، وقيل يقبل الا أن يكون قد نطق بالاسلام وهو لا يعقله)

وجه ذلك أنا في الموضع الذي حكنا به بالاسلام اللقيط انما ذلك ظاهراً لا يقيناً لاحتمال أن يكون ولد كافرين ولهذا لو أقام كافر بينة انه ولده ولد على فراشه حكنا له به وسند ذكر ذلك ، ومتى بلغ اللقيط حداً يصح فيه اسلامه وردته فوصف الاسلام فهو مسلم سواء كان ممن حكم باسلامه أو كفره ولا يقبل اقراره بالكفر بعد ذلك لانه انكار بعد اقراره فلا يقبل كفيره وان وصف الكفر وهو ممن حكم باسلامه بالمدار فهو مرتد لا يقر على كفره ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وذكر القاضي وجهاً أنه يقر على كفره ، وهو منصوب الشافعي لان قوله أقوى من ظاهر الدار وهذا وجه بعيد لأن دليل الاسلام وجد عربياً عن المعارض فثبت حكمه واستقر فلا تجوز ازالة حكمه كما لو كان ابن مسلم ولان قوله لا دلالة فيه أصلاً لانه لا يعرف في الحال من كان أبوه ولا ما كان دينه؟ وانما يقول هذا من تلقاء نفسه فعلى هذا اذا بلغ استتيب ثلاثاً فإن تاب والا قتل فأما على قولهم فقال القاضي ان وصف

دليل ويلزم من ذلك التشديد في نفيه وانه لا يتنى إلا بأقوى الادلة كما أن الحد لما اتنى بالشبه لم يشب
إلا بأقوى دليل فلا يلزم حينئذ من المنع من نفيه بالشبه في الخبر المذكور أن لا يثبت به النسب في مسألتنا
قن قيل فهنا إذا علمت بالقياة قد نفيت النسب عن ملحقه القافة به، قلنا إنما اتنى النسب هنا لعدم
دليله لانه لم يوجد الا مجرد الدعوى وقد عارضها ملها فقط حكما وكان الشبه مرجحا لأحدهما
فاتفت دلالة الأخرى فلزم انتفاء النسب لا تنافا. دليله، وتقديم الاعان عليه لا يمنع العمل به عند عدمه
كاليد تقدم عليها البينة ويعمل بها

(فصل) والقافة قوم يعرفون الانساب بالشبه ولا يختص ذلك بقبيلة معينة بل من عرف منه
المعرفة بذلك وتكررت منه الاصابة فهو قائف، وقيل أكثر ما يكون في بني مدلج رهط محرز المدلجي
الذي رأى أسامة وأباه زيدا قد قطيا ر. وسما وبدت أقدامهما فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض،
وكان إياس بن معاوية المزني قائفا، وكذلك قيل في شريح ولا يقبل قول القائف الا أن يكون ذكرا
عدلا مجربا في الاصابة حرا لأن قوله حكم، والحكم تعتبر له هذه الشروط، قال القاضي وتعتبر معرفة
القائف بالجزية وهو أن يترك الصبي مع عشرة من الرجال غير من يدعيه ويرى أيام فان ألحقه
بواحد منهم سقط قوله لانا تبين خطاه، وإن لم يلحقه بواحد منهم أدينه إياه مع عشرين فيهم مدعيه
قن ألحقه به لحق، ولو اشتهر بأن يرى صبييا معروف النساب مع قوم فيهم أبوه أو أخوه فاذا ألحقه

كفراً يقر عليه بالجزية عقدت له الذمة، فان امتنع من التزامها ووصف كفراً لا يقر أهله ألحق به، أمته،
قال شيخنا وهذا بعيد جداً فان هذا اللقيط لا يخلو إما أن يكون ابن حربي فهو حاصل في
أبدي المسلمين بنير عهد ولا عقد فيكون لو أجده ويدير مسلماً باسلام سايه، أو يكون ابن ذميين
أو أحدهما ذمي فلا يقر على الانتقال الى غير دين أهل الكتاب، أو يكون ابن مسلم أو مسلمين فيكون
مسلياً، وقد قال أحمد في أمة نصرانية ولدت من فجور، ولدها مسلم لان ابويه يهودانه وينصرانه وهذا
ليس معه إلا أمه، وإذا لم يكن لهذا الولد حال يحتمل ان يقر فيها على دين لا يقر أهله عليه فكيف
يرد الى دار الحرب؟

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وإن أقر انسان أنه ولده الحق به مسلماً كان أو كافراً رجلاً
أو امرأة حياً كان اللقيط أوميتاً)

وجه ذلك أنه اذا ادعى مدع نسب اللقيط لم يخل من قسمين (أحدهما) أن يدعيه واحد ينفرد
بدعوته فان كان المدعي جراً مسلماً لحقه نسبه إذا أمكن أن يكون منه بغير خلاف بين أهل العلم، لان
الانقار محض بقع للطفل لا يصلح نسبه ولا ضرر على غيره فيه فقبل كما لو أقر له بمال فان كان
المقر به ملتقطه أقر في يده، وان كان غيره فله أن ينزعه من الملتقط لانه قد ثبت أنه أبوه فيكون
أحق به كما لو قامت به بينة.

بقريبه علمت أصابته ، وإن ألقته بغيره سقط قوله جاز ، وهذه التجربة عند عرضها على القائف للاحتياط في معرفة أصابته ، وإن لم نجربه في الحال بعد أن يكون مشهوراً بالأصابة وصحة المعرفة في صرات كثيرة جاز

وقد رويناه أن رجلاً شريفاً شك في ولده من جاريته وأبى أن يستلقحه فربى إياس بن معاوية في المكتب وهو لا يعرفه فقال ادع لي أباً فقال له الملم ومن أبو هذا ؟ قل فلان قال من أين علمت أنه أبوه ؟ قال هو أشبه به من الغراب بالغراب فقام الملم مسروراً إلى أبيه فأعلمه بقول إياس فخرج الرجل وسأل إياساً فقال من أين علمت أن هذا ولدي ؟ فقال سبعان الله وهل يخفى على أحد إنه أشبه بك من الغراب بالغراب ؟ فسر الرجل واستأحق ولده وهل يقبل قول واحد أولاً يقبل إلا قول اثنين ؟ فظاهر كلام أحمد أنه لا يقبل إلا قول اثنين فإن الاثرم روى عنه أنه قيل له إذا قال أحد القافة هو لهذا ، وقال الآخر هو لهذا قال لا يقبل قول واحد حتى يجتمع اثنان فيكونان شاهدين ، فإذا شهد اثنان من القافة أنه لهذا فهو لهذا لأنه قول يثبت به النسب فأشبه الشهادة ، وقال القاضي يقبل قول الواحد لأنه حكم ويقبل في الحكم قول واحد وحمل كلام أحمد على ما إذا تعارض قول القائفين فقال إذا خالف القائف غيرهما تعارضاً وسقطاً ، فإن قال اثنان قولاً وخالفهما واحد فقوله أولى لأنهما شاهدان فقوله أقوى من قول واحد ، وإن عارض قول اثنين سقط قول الجميع ، وإن عارض قول

(فصل) فإن كان المدعي عبداً ألحق به لأن لمانه حرمة فلحق به نسبه كالحرة وهذا قول الشافعي وغيره غير أنه لا يثبت له حضانة لأنه مشغول بخدمة سيده ولا تجب عليه نفقته لأنه لا مال له ولا تجب على سيده لأن الطفل محكوم بحريته فعلى هذا تكون نفقته في بيت المال (فصل) فإن كان المدعي ذمياً لحق به لأنه أقوى من العبد في ثبوت الفراش فإنه يثبت له النكاح والوطء في الملك وقال أبو ثور لا يلحق به لأنه محكوم بإسلامه ولنا أنه أقر بنسب مجهول النسب يمكن أن يكون منه وليس في إقراره إضرار لغيره فيثبت إقراره كالمسلم .

(مسألة) (ولا يتبع الكافر في دينه إلا أن يقيم بينة أنه ولد على فراشه)

وجملة ذلك أنه يتبع الكافر في النسب لا في الدين ولا حق له في حضانه ولا يسلم إليه لأنه لا ولاية للكافر على المسلم وقال الشافعي في أحد قوليه يتبعه في دينه لأن كل ما لحق به بنسبه لحقه به في دينه كالبيئة إلا أنه يحال بينه وبينه

ولنا أن هذا محكوم بإسلامه فلا يقبل قول الذمي في كفره كما لو كان معروف النسب ولانها دعوى تخالف الظاهر فلم تقبل بمجرد دعا كدعوى رقه ، ولأنه لو تبعه في دينه لم يقبل إقراره بنسبه لأنه يكون إضراراً به فلا يقبل كدعوى الرق ، أما مجرد النسب بدون اتباعه في الدين فسلحة طرية

٤٠٠ ان ألحقت القافة الولد بكافر أو رقيق لم يحكم بكفره ورقة (المغنى والشرح الكبير)

الاثنين ثلاثة أو أكثر لم يرجح وسقط الجميع كما لو كانت إحدى البيتين اثنين والآخرى ثلاثة فأكثر، فأما إن ألحقت القافة بواحد ثم جاءت قافة أخرى فألحقت به آخر كان لاحقاً بالاول لان القائف جرى مجرى حكم الحاكم، ونفى حكم الحاكم حكماً لم ينتقض بمخالفة غيره له، وكذلك إن ألحقت بواحد ثم عادت فألحقت بغيره لذلك، فان أقام الآخر بيته انه ولده حكم له به وسقط قول القائف لانه بدل فيسقط بوجود الاصل كالنميم مع الماء.

(فصل) وإن ألحقت القافة بكافر أو رقيق لم يحكم بكفره ولا رقه لان الحرية والاسلام ثبتا له بظاهر الدار فلا يزول ذلك بمجرد الشبه والظن كما لم يزل ذلك بمجرد الدعوى من المنفرد، وأما قبلنا قول القائف في النسب الحاجة الى اثباته ولكونه غير مخالف لظاهر ولهذا اكتفينا فيه بمجرد الدعوى من المنفرد ولا حاجة إلى اثبات رقه وكفره، وإثباتهما بخلاف الظاهر

ولو ادعى نسب القبط انسان فالحق نسبه به لان راده بدعي ثم جاء آخر فادعاه لم يزل نسبه عن الاول لانه حكم له به فلا يزول بمجرد الدعوى، فان ألحقت به القافة لحق به وانقطع عن الاول لانها بيته في إلحاق النسب ويزول بها الحكم الثابت بمجرد الدعوى كالشهادة

(فصل) وإذا ادعاه اثنان فألحقت القافة بهما لحق بهما وكان ابنهما يرثهما ميراث ابن وبرثانه جميعاً ميراث أب واحد وهذا يروى عن عمر وعلي رضي الله عنهما وهو قول أبي ثور، وقول أصحاب

عن الضرر فقبل قوله فيه ولا يجوز قبوله فيها هو أعظم الضرر والخزي في الدنيا والآخرة، فان أقام بيته أنه ولد على فراشه لحق به نسباً ودينياً كذلك ذكره هنا وهو قول بعض أصحابنا لانه ثبت أنه ابنه بيته، وقياس المذهب أنه لا يلحقه في الدين الا أن تشهد البيته أنه ولد كافراً حين لان الطفل يحكم باسلامه باسلام أحد ابويه او موته

(فصل) فان كان المدعي امرأة فروى عن أحمد أن دعوتها تقبل ويلحقها نسبه لانها أحد الابوين اشبهت الاب، ولانه يمكن كونه منها كما يمكن أن يكون من الرجل بل أكثر لانها تأتي به من زوج ووطء شبهة ويلحقها ولدها من الزنا دون الرجل، وقد روي في قصة داود وسليمان عليهما السلام حين تحامى اليهما امرأتان كان لهما ابنان فذهب الذئب باحدهما فادعت كل واحدة منهما أن الباقي ابنها فحكم به داود للكبرى وحكم به سليمان للصغرى بمجرد الدعوى منهما، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، فعلى هذه الرواية يلحق بها دون زوجها لانه لا يجوز أن يلحقه نسب ولد لم يقر به، ولذلك إذا ادعى الرجل نسبه لم يلحق بزوجه، فان قيل الرجل يمكن أن يكون له ولد من امرأة أخرى ومن أمته والمرأة لا يخل لها نكاح غير زوجها ولا يخل لغيره ووطؤها قلنا يمكن ان تلد من وطء شبهة أو غيره، وإن كان الولد يشبه أن يكون موجوداً قبل تزوجها بهذا الزوج أمكن أن يكون من زوج آخر، فان قيل إنما قبل الاقرار بالنسب من الزوج لما فيه من المصلحة ودفع العار عن المحبي وصيائه عن النسبة.

الرأي باحق بهما بمجرد الدعوى ، وقال الشافعي لا باحق بأكثر من واحد فإذا ألحقته بهما سقط قولهما ولم يحكم لهما واحتج برواية عن عمر رضي الله عنه أن القافة قالت قد اشتركا فيه فقال عمر وال أيهما شئت ، ولأنه لا يتصور كونه من رجلين فإذا ألحقته القافة بهما تبينا كذبهما فسقط قولهما كالأول ألحقته بأمين ، ولأن المدعين لو اتفقا على ذلك لم يثبت ، ولو ادعاه كل واحد منهما وأقام بينة سقطتا ولو جاز أن باحق بهما ثبت باتفاقهما وألحق بهما عند تعارض بينتهما

ولنا ما روى سعيد في سننه ثناسيان عن يحيى عن سعيد عن سليمان بن يسار عن عمر في امرأة وطئها رجلان في طهر فقال القافة قد اشتركا فيه جميعا فجعله بينهما أوباء ناده عن الشعبي قال وعلي يقول هو ابنيهما وهما أبواه يرثهما ويرثانه ، ورواه الزبير بن بكار بإسناده عن عمر . وقال الامام أحمد حديث قتادة عن سعيد عن عمر جعله بينهما وقابوس عن أبيه عن علي جعله بينهما ، وروى الأثرم بإسناده عن سعيد بن المسيب في رجلين اشتركا في طهر امرأة فحلت فولدت غلاما يشبههما فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فدعى القافة فنظروا فقالوا انراه يشبههما فألحقه بهما وجعله يرثهما ويرثانه ، قال سعيد عصبته إلي في منهما ، وما ذكره عن عمر لا نعلم صحته وإن صح فيحتمل أنه ترك قول القافة لأمر آخر إما لعدم ثبوتها وإما لأنه ظهر له من قولهما واختلافهما ما يوجب تركه فلا ينحصر المانع من قبول قولهما في أنهما اشتركا فيه قال أحمد إذا ألحقته القافة بهما ورثهما وورثاه ، فإن مات أحدهما فهو الباقي منهما ونسبه من الأول قائم

إلى كونه ولد زنا ولا يحصل هذا بالحاق نسبه بالمرأة بل في الحاق نسبه بها دون زوجها بطرق النار إليه وإياها قلنا بل قبلنا دعواه لأنه يدعي حقاً لا منازع له فيه ولا مضرة فيه على أحد فقبل قوله فيه كدعوى المال وهذا متحقق في دعوى المرأة ، وروي عن أحمد أنها إن كانت ذات زوج لم يثبت النسب بدعوتها لافضائه إلى الحاق النسب بزوجها بغير إقراره ولا رضائه أو إلى أن امرأته وطئت بزنا أو شبهة وفي ذلك ضرر عليه فلا يقبل قولها فيها يلحق الضرر به وإن لم يكن لها زوج قبلت دعوتها لعدم الضرر ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي أيضاً ، وروي عن أحمد رواية ثالثة نقلها الكوسنج عن أحمد في امرأة ادعت ولداً أن كان لها أخوة أو نسب معروف فلا تصدق إلا بينة وإن لم يكن لها دافع لم يخل بينها وبينه لأنه إذا كان لها أهل ونسب معروف لم تخف ولادتها عليهم وينضرون بالحاق النسب بها لما فيه من تعييرهم بولادتها من غير زوجها وليس كذلك إذا لم يكن لها أهل قال شيخنا ويحتمل أن لا يثبت النسب بدعوتها بحال وهذا قول الثوري والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن النسب لا يثبت بدعوى المرأة لأنها يمكنها إقامة البينة على الولادة فلا يقبل قولها بمجرد ادعائها كما لو علق زوجها طلاقها بولادتها

ولنا أنها أحد الوالدين أشبهت الأب وامكان البينة لا يمنع قبول القول كالرجل فإنه يمكنه إقامة

لا يزيله شيء . ومعنى قوله هو لباقي منهار الله اعلم أنه يرث ميراث أب كامل كما أن الجدة إذا انقرضت أخذت ما يأخذه الجدات والزوجة تأخذ وحدها ما يأخذه جميع الزوجات (فصل) وإن ادعاه أكثر من اثنين فألحقته بهم القافة فنص أحمد في رواية منها أنه يلحق بثلاثة ومقتضى هذا أنه يلحق بمن ألحقته القافة وإن كثروا . قال أبو عبد الله بن حامد لا يلحق بأكثر من اثنين وهو قول أبي يوسف لأننا صرنا إلى ذلك للآخر فيقتصر عليه ، وقال القاضي لا يلحق بأكثر من ثلاثة وهو قول محمد بن الحسن ، وروى ذلك عن أبي يوسف أيضاً ولنا أن المعنى الذي لاجله لحق باثنين موجود فيما زاد عليه فيقاس عليه وإذا جاز أن يلحق من اثنين جاز أن يلحق من أكثر من ذلك ، وقولهم إن إلحاقه بالاثنتين على خلاف الأصل ممنوع وإن سلمناه لكنه ثبت لمعنى موجود في غيره فيجب تمديد الحكم به كما أن إباحة أكل الميتة عند المحصنة أبيع على خلاف الأصل لا يمنع من أن يقاس على ذلك مال غيره والصيد الحرمي وغيرها من المحرمات لوجود المعنى وهو إبقاء النفس وتخليصها من الملاك ، وأما قول من قال أنه يجوز إلحاقه بثلاثة ولا يزداد على ذلك فتحكم فإنه لم يقتصر على المنصوص عليه ولا عدى الحكم إلى كل ما وجد فيه المعنى ولا نعلم في الثلاثة معنى خاصة تقتضي إلحاق النسب بهم فلم يجز الاعتصار عليه بالتحكم

الينة أن هذا ولد على فراشه وإن كان المدعي أمة أي كالحر إلا أننا إذا قبلنا دعواها في نفسه لم نقبل قولها في رقه لأننا لا نقبل الدعوى فيما يضره كما لم نقبل الدعوى في كفره إذا ادعى لسيء كافر ﴿مسألة﴾ (فإن ادعاه اثنان أو أكثر لأحدهما يئنه قدمها فإن استووا في يئنه أو عدمها عرض معها على القافة أو مع أقاربها إن ماتا)

الكلام في ذلك في فصول (أحدها) أنه إذا ادعاه مسلم وكافر وحر وعبد فهما سواء وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة المسلم أولى من الذمي والحر أولى من العبد لأن على القبط ضرراً في إلحاقه بالعبد والذمي فيكون إلحاقه بالحر المسلم أولى كالأوتار عوا في الحضانة

ولنا أن كل واحد لو انقرد صحت دعوته فإذا تنازعا وتساووا في الدعوى كالأحرار المسلمين وما ذكروه من الضرر لا يتحقق فالتا لا نحكم برقه ولا كفره ولا يشبه النسب الحضانة بدليل اتنا نقدم في الحضانة الموسر والحضري ولا نقدمها في دعوى النسب ولأن الحضانة إنما براعي فيها حق الطفل حسب وهما يذني إن براعي حق المدعي أيضاً قال ابن المنذر إذا كان عند امرأته أمة في أيديهما صبي فادعى رجل من العرب امرأته عريية أنه ابنه من امرأته وأقام البند يئنه بدعواه فهو ابنه في قول أبي ثور وغيره وقال أصحاب الرأي يقضى به للعربي للعق الذي يدخل فيه وكذلك إن كان المدعي من الموالي عندهم قال شيخنا وهذا غير صحيح لأن العرب وغيرهم في أحكام الله تعالى ولحقق النسب بهم سواء

(فصل) وإذا لم توجد قافة أو أشكل الأسر عليها أو تعارضت أقوالها أو وجد من لا يوثق بقوله لم يرجح أحدهما بذكر علامة في جسده لأن ذلك لا يرجح في سائر الدعاوى سوى الالتقاط في المال والاقبض، ويضيق نسبه، هذا قول أبي بكر وقد أومأ إليه أحمد رحمه الله في رجلين وقع على امرأة في طهر واحد إلى أن الابن يخبر أيهما أحب وهو قول أبي عبد الله بن حامد قال يترك حتى يباين فينسب إلى من أحب منهما وهو قول الشافعي الجديد وقال في القديم حتى يميز لقول عمر: والأيهما شئت ولأن الإنسان يميل طبعه إلى قريبه دون غيره ولأنه مجهول نسبه أقر به من هو من أهل الاقرار وصدقه المقر له فيثبت نسبه كما لو انفرد، وقال أصحاب الرأي يلحق بالمدعين بمجرد الدعوى لأن كل واحد منهما لو انفرد سمعت دعواه فإذا اجتمعا وأمكن العمل بهما وجب كما لو أقر له بمال

ولنا أن دعواهما تعارضتا ولا حجة لواحد منهما فلم تثبت كما لو ادعى اقره، وقولهم يميل طبعه إلى قرابته قلنا إنما يميل إلى قرابته بعد معرفته بأنها قرابته فالمعرفة بذلك سبب الميل ولا سبب قبـله ولو ثبت أنه يميل إلى قرابته لكانت قد يميل إلى من أحسن إليه فإن القلوب جبلت على حب من أحسن إليها وبغض من أساء إليها وقد يميل إليه لاساءة الآخر إليه وقد يميل إلى أحسنهما خلقاً أو أعظمهما قدراً أو جأها أو مالا فلا يبقى دليل أثر في الدلالة على النسب، وقولهم أنه صدق المقر بنسبه قلنا لا يجل له تصديقه فإن النبي ﷺ لمن من ادعى إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه وهذا لا يعلم أنه أبوه فلا

(الفصل الثاني) أنه إذا ادعاه اثنان أو أكثر وكان لاحدهما بينة فهو ابنه وإن أقام كل واحد منهم بينة تعارضت وسقطت لانه لا يمكن استعمالهما هنا لأن استعمالهما في المال أما بقسمته بين المتنازعين ولا يمكن ههنا أو بالقرعة والقرعة لا يثبت بها النسب فإن قيل إنما يثبت ههنا بالبينة لا بالقرعة وإنما القرعة مرجحة قلنا فيلزم أنه إذا اشترك رجلان في وطئ امرأة وأنت تولد أن يقرع بينهما ويكون لحوقه بالوطئ لا بالقرعة

(الانصل الثالث) أنه إذا لم تكن بينة أو تعارضت بينتان وسقطتا أرى القافة معها أو مع عصبتهما عند فقدهما فتلحقه بمن الحقته به منها هذا قول أنس وعطاء والاوزاعي والليث والشافعي وأبي وقال أصحاب الرأي لا حكم للقافة ويلحق بالمدعين جميعاً لأن الحكم بالقيافة مبني على الشبه والظن والتخمين فإن أشبه يوجد بين الاجنب وينتفي بين الاقارب ولهذا روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أن رجلاً أتاه فقال يا رسول الله إن امرأتى ولدت غلاماً أسود فقال «هل لك من إبل؟» قال نعم. قال «فألوانها؟» قال حم. قال فيها من أورك؟ قال نعم. قال أين أتاها ذلك؟ قال لعل عرقاً نزع قال. وهذا لعل عرقاً نزع متفق عليه قالوا ولو كان الشبه كافياً لاكتفي به في ولد الملائعة وفيها إذا أقر أحد الورثة بأخ فأبكره الباقون.

ولنا ما روي عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل عليها مسروراً تهرق

يأمن أن يكون ملمونا بتصديقه ، ويشارك ما اذا انفرد فان المنفرد ثبت النسب بقوله من غير تصديق ، وأما قول عمر وال من شئت فلم يثبت ولو ثبت لم يكن فيه حجة فانه إنما أمره بالموالات لا بالانتساب ، وعلى قول من جعل له الانتساب الى أحدهما لو انتسب الى أحدهما ثم عاد وانتسب الى الآخر ونفى نسبه من الاول أو لم ينتسب الى واحد لم يقبل منه لانه قد ثبت نسبه فلا يقبل رجوعه عنه كالو ادعى منفرد نسبه ثم أنكره ، ويشارك الصبي الذي يخبر بين أبويه فيختار أحدهما ثم يرد الآخر اذا اختاره فانه لا حكم لقول الصبي وإنما يتم اختياره وشهوته فأشبهه ما لو اشتبه طعما في يوم ثم انتهى غيره في يوم آخر وان قامت للآخر بنسبه بينة حمل بها وبطل انتسابه لانها تبطل قول القافة الذي هو مقدم على الانتساب فلان تبطل الانتساب أولى ، وان وجدت قافة بعد ادعاءه فالحتم بغير من انتسب اليه بطل انتسابه أيضا لانه أقوى فيبطل به الانتساب كالبينة مع قول القافة

(فصل) وان ادعت امرأتان نسب ولد فذلك مبني على قبول دعوتهما ، فان كانتا ممن لا تقبل دعوتهما لم نسمع دعوتهما ، وان كانت إحداهما ممن نسمع دعوتها دون الاخرى فهو ابن لها كالمفردة ، وان كانتا جميعا ممن نسمع دعوتها فها في اثباته بالبينة أو كونه يرى اتفاقية مع عدمها كالرجلين : قال احمد في رواية بكر بن محمد في يهودية ومسلمة ولدنا فادعت اليهودية ولد المسلمة فتوقف ، نقيل يرى القافة فقال ما أحسنه ولان الشبه يوجد بينها وبين ابنها

أسارير وجهه فقال « ألم تري أن محرزا نظر آنفاً إلى زيد وأسامه وقد غطيا رءوسهما وبدت أقدامهما فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض ؟ » متفق عليه قولاً جواز الاعتماد على القافة لما سر به النبي صلى الله عليه وسلم ولا اعتمد عليه ولان عمر رضي الله عنه قضى به بحضرة الصحابة فلم ينكره منكر فكان إجماعاً وبدل على ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم في ولد الملاعة « انظروها فان جاءت به حمش الساقين كأنه وحرة فلا اراه الا قد كذب عليها وان جاءت به جمداً جالياً ساين الاليتين خدج الساقين فهو الذي رميت به » فانت به على النعت المكروه فقال النبي صلى الله عليه وسلم « لولا الايمان لكان لي ولها شأن » فحكم به النبي صلى الله عليه وسلم للذي اشبهه منها وقوله « لولا الايمان لكار لي ولها شأن يدل على انه لم ينعمه من العمل بالشبه الا الايمان فاذا انتفى المانم يجب العمل به لوجود مقتضيه وكذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم في ابن أمة زمعة حين رأى به شهاً بينا بعتبة بن ابي وقاص احتجبي منه ياسودة فعمل بالشبه في حجب سودة فان قيل فالحديثان حجة عليكم اذ لم يحكم النبي صلى الله عليه وسلم بالشبه فيهما بل الحق الولد بزمعة وقال لعبد بن زمعة « هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر » ولم يعمل بشبه ولد الملاعة في إقامة الحد عليها لشبهه بالمقدوف قلنا إنما لم يعمل به في ابن أمة زمعة لان الفراش أقوى وترك العمل بالبينة لمعارضة ما هو أقوى منها لا يوجب الاعراض

كوجوده بين الرجل وابنه بل أكثر لاخصاصها بحمله وتفذيته والكافرة والمسلمة والحرة والامة في الدعوة واحدة كما قلنا في الرجل، وهذا قول أصحاب الشافعي على الوجه الذي يقولون فيه بقبول دعوتها وان ألحقته القافة بآيين لم يلحق بها وبطل قول القافة لاننا نعلم خطأه يقينا، وقال أصحاب الرأي يلحق بهما بمجرد الدعوى لان الام أحد الابوين فجاز أن يلحق باثنين كالأب.

ولنا أن كونه منهما محال يقينا فلم يجوز الحكم به كما لو كان أكبر منهما أو مثلها وقارق الرجلين فان كونه منهما ممكن فانه يجوز اجتماع النطفتين لرجلين في رحم امرأة فيمكن أن يخلق منهما ولد كما يخلق من نطفة الرجل والمرأة ولذلك قال الثقات لعمر قد اشتركا فيه ولا يلزم من الحائنه بمن يتصور كونه منه الحاقه بمن يستحيل كونه منه كالم يلزم من الحاقه بمن يولد مثله مثله الحاقه بأصغر منه

(فصل) فان ادعى نسبه رجل وامرأة فلا تنافي بينهما لأنه يمكن أن يكون منهما بشكاح كان بينهما أو طيء شبهة فيلحق بهما جميعا ويكونا بينهما بمجرد دعوتهما كما لو انفرد كل واحد منهما بالدعوة، وان قال الرجل هذا ابني من زوجتي وادعت زوجته ذلك وادعت امرأة أخرى فهو ابن الرجل، وهل ترجح زوجته على الأخرى؟ يحتل وجهين (أحدهما) ترجح لان زوجها أبوه فالظاهر أنها أمه، ويحتمل أن يتساويا لان كل واحدة منهما لو انفردت لالحق بها فاذا اجتمعتا تساويتا

(فصل) وان ولدت امرأتان ابنا وبناتا فدعت كل واحدة منهما ان الابن ولدها دون البنات

عنها اذا خلت عن المراض ولذلك ترك إقامة الحد عليها من اجل أيمانها بدليل قوله «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن» على ان ضعف الشبه عن إقامة الحد لا يوجب ضعفه عن إلحاق النسب، فان الحد في الزنا لا يثبت إلا بأقوى البينات وأكثرها عدداً وأقوى الاقرار حتى يعتبر فيه تكراره اربع مرات وتقرأ بالشبهات، والنسب يثبت بشهادة امرأة على الولادة ويثبت بمجرد الدعوى مع ظهور اتفاقه حتى لو ان امرأتين بولد وزوجها غائب منذ عشرين سنة لحقه ولدها فكيف يجنح إلى فيه بعدم إقامة الحد؟ ولانه حكم بظن غالب ورأي راجح من هو من اهل الخبرة فجاز كقول المقومين وقولهم ان الشبه يجوز وجوده وعدمه قلنا الظاهر وجوده ولهذا قال النبي ﷺ حين قالت ام سلمة او ترى ذلك المرأة؟ قال «فإن ابن يكون الشبه، والحديث الذي احتجوا به حجة عليهم لان إنكار الرجل ولده للحاقه لونه لونه وعزم على فيه لذلك يدل على ان المادة خلافه وان في طباع الناس إنكاره فان ذلك إنما يوجد نادراً وإنما الحقه النبي ﷺ به لوجود الفراش وتجوز مخالفة الظاهر للدليل ولا يجوز تركه لغير دليل ولان ضعفه عن نفي النسب لا يلزم منه ضعفه عن اثباته، فان النسب يختلط له لاثباته ويثبت بأدنى دليل ويلزم من ذلك التشديد في فيه وانه لا يتقي الا بأقوى الادلة كما أن الحد لا يتقي بالشبهة لم يثبت الا بأقوى دليل فلا يلزم حينئذ من المنع من فيه بالشبه في الخبر المذكور أن لا يثبت به

احتمل وجهين أحدهما أن ترى المرأتين القافة مع الولدين فيلحق كل واحد منهما بن الحقة به قالو لم يكن لها ولد آخر (والثاني) ان نعرض لبيهما على أهل الطب والمعرفة فان ابن الذكر يخالف ابن الأنثى في طبعه وزنته ، وقد قيل لبن الابن ثقل ولبن البنت خفيف فيعتبران بطباعهما ووزنهما وما يختلفان به عند أهل المعرفة ، فمن كان لبنا ابن الابن فهو ولدها والبنت الاخرى ، فان لم يوجد قافة اعتبرنا الابن خاصة ، وان تنازعا أحد الولدين وهما جميعا ذكران أو اثنيان عرضوا على القافة كاذرنا فيما تقدم

(فصل) ولو ادعى القبط رجلان فقال أحدهما هو ابني وقال الآخر هو ابني نظرنا ، فان كان ابنا فهو لمدعيه وان كانت بنتا فهي لمدعيها لان كل واحد منهما لا يستحق غير ما ادعاء ، وان كان خثنى مشكلا أرى القافة معهما لانه ليس قول واحد منهما أولى من الآخر ، وان أقام كل واحد منهما بيته بما ادعاء فالحكم فيهما كالحكم فيما لو انفرد كل واحد منهما بالدعوى لان بيته الكاذب منهما كاذبة وجردما كدهما ولاخرى صادقة فيتمين الحكم بها

(فصل) واذا وطئ رجلان امرأة في طهر واحد وطئا يلحق النسب بمثلها فانت بولد يمكن أن يكون منهما مثل أن يطأ جارية مشتركة بينهما في طهر أو يطأ رجل امرأة آخر أو أمته بشبهة في الطهر الذي وطئها زوجها أو سيدها فيه بأن يجهدها على فراشه فيظنها زوجته أو أمته أو يدعوزوجته في ظلمة فتجب له زوجة آخر أو جاريته أو يتزوجها كل واحد منهما تزويجا فاسداً أو يكون نكاح أحدهما صحيحا

النسب في مسئلتنا ، فان قيل فهنا اذا علمت بالقافة فقد نفيم النسب عن لم تلحقه القافة به قلنا أما تنسب هنا لعدم دليله لانه لم يوجد الا مجرد الدعوى وقد عارضها مثلها فسقط حكمها وكان الشبه مرجحاً لاحدهما فانتفت دلالة الاخرى فلزم اتقاء النسب لاتقاء دليله ، وتقدير الامان عليه لا يمنع العمل به عند عدمه كالتدعوى عليها البينة ويعمل بها عند عدمها .

(فصل) والقافة قوم يعرفون الانساب بالشبه ولا يختص ذلك بقبيلة معينة بل من عرف منه المعرفة بذلك وتكررت منه الاصابة فهو قائف ، وقيل أكثر ما يكون في بني مدح رهط محرز الذي رأي اسامة وزيداً قد غطيا رءوسهما وبدت أقدامهما فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض ، وكان اباس بن مناة المزني قائفاً وكذلك قيل في شريح

(مسألة) (فان ألحقته بأحدهما لحق به يرجح جانبه وان ألحقته بهما لحق بهما وكان ابنه يرثهما ميراث ابن وراثته جميعاً ميراث أب واحد)

بروي ذلك عن عمر وعلي رضي الله عنهما ، وهو قول أبي ثور وقال أصحاب الرأي يلحق بهما بمجرد الدعوى ، وقال الشافعي لا يلحق بأكثر من واحد فان ألحقته بهما سقط قولها ولم يحكم به واحتج برواية عن عمر رضي الله عنه ان القافة قالت اشتركا فيه ، فقال عمر والأيها شئت ولأنه لا يتصور كونه من رجلين فاذا ألحقته القافة بهما تينا كذبهما فسقط قولها كما لو ألحقته بأمين ولان المتداعين

والآخر فاسداً مثل أن يطلق رجل امرأته فنكحها آخر في عدتها ووطنها أو يبيع جارية فيطوؤها المشتري قبل استبرائها ، بأن يولد يمكن أن يكون منهما فانه يرى القانة معها فأيهما الحقوه لحق ، والخلاف فيه كالخلاف في القبط .

(فصل) وإذا ادعى رقب القبط مدعى سمعت دعواه لانها ممكنة ، وإن كانت مخالفة لظاهر الدار فإن لم تكن له بينة فلا شيء له لانها دعوى تخالف الظاهر وتخالف دعوى النسب من وجهين (أحدهما) أن دعوى النسب لا تخالف الظاهر ودعوى الرقب مخالفة له (والثاني) أن دعوى النسب تثبت بها حقاً لا قبط . ودعوى الرقب تثبت حقاً عليه فلم تقبل بمجرد ادعاء رقب غير القبط ، فإذا لم تكن له بينة سقطت الدعوى ، وإن كانت له بينة لم تخل أما أن تشهد باليد أو بالملك أو بالولادة فإن شهدت بالملك أو باليد لم تقبل فيه إلا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، وإن شهدت بالولادة قبل فيه امرأة واحدة أو رجل واحد لانه مما لا يطلع عليه الرجال ثم تنظر فإن شهدت البينة باليد فإن كانت الملتقة لم يثبت بها ملك لاننا عرفنا سبب يده فإن كانت لاجني حكمه باليد والقول قوله مع بينة في الملك وإن شهدت بالملك فقالت تشهد أنه عبده أو مملوكه حكم بها وإن لم تذكر سبب الملك كما لو شهدت بملك دار أو ثوب فإن شهدت بأن أمته ولدته في ملكه حكم له به لان أمته لا تلد في ملكه إلا ملكه ، وإن شهدت أنه ابن أمته أو أن أمته ولدته ولم تقل في ملكه احتمل أن يثبت له الملك

لو اتفقا على ذلك لم يثبت ، ولو ادعاه كل واحد منهما وأقام بينة سقطتا ، ولو جاز أن يلتحق بهما ثبت باتفاقهما وألحق بهما عند تعارض بينهما

ولنا ما روى سعيد في سننه ثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن عمر في امرأة وطئها رجلان في طهر فقال القاتف قد اشتركا فيه جميعاً فجمله بينهما ، وبأسناده عن الشعبي قال وعلي يقول هو ابنها وهما أبوا يرثها ويرثانه ، ورواه الزبير بن بكار بأسناده عن عمر ، وقال الأئمة أحمد حديث قتادة عن سعيد عن عمر جملة بينهما ، وقال قابوس عن أبيه عن علي جملة بينهما ، وروى الأئمة بأسناده عن سعيد بن المسيب في رجلين اشتركا في طهر امرأة فجملت قولدت غلاماً يشبههما فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب فدعى القافة فنظروا فقالوا انزاه يشبههما فألحقه بهما وجمعه يرثهما ويرثانه ، قال سعيد نصيبته الباقي منهما وما ذكروه عن عمر لا نعلم صحته وإن صح فيحصل أنه ترك قولها لا من آخر إما لعدم ثقتها وإما لانه ظهر له من قولها واختلافه ما يوجب تركه فلا ينحصر المانع من قبول قولها انهما اشتركا فيه . قال أحمد إذا ألحقته القانة بهما ورثها وورثانه فإن مات أحدهما فهو للباقي منها ونسبه من الأول قائم لا يزيله شيء ، ومعنى قوله هو للباقي منهما والله أعلم أنه يرثه ميراث أب كامل كما أن الجدة إذا انفردت أخذت ما تأخذه الجدات ، والزوجة تأخذ وحدها ما يأخذ جميع الزوجات .

بملكه كقرطها في ملكه لان أمته ملكه فهاؤها ملكه كسمتها واحتدل أن لا يثبت الملك لانه يجوز أن
نقله قبل ملكه لما فلا تكون له وهو ابن أمته

(فصل) وان ادعى رق القبط بصر بلوغه مدخ كاف إجابته فان انكر ولا بينة للمدعي لم تقبل
دعواه وان كانت له بينة حكم له بها فان كان القبط قد تصرف قبل ذلك ببيع أو شراء نقضت
تصرفاته لانه بان أنه تصرف بغير إذن سيده وان لم تكن بينة فافر بالرق نظرنا فان كان اعترف لنفسه بالحرية
قبل ذلك لم يقبل اقراره بالرق لانه اعترف بالحرية وهي حق لله تعالى فلا يقبل رجوعه في إبطاله
وان لم يكن اعترف بالحرية احتمل وجهين (أحدهما) يقبل وهو قول أصحاب الرأي لانه مجهول الحال
أفر بالرق فيقبل كما لو قدم رجلان من دار الحرب فأقر أحدهما الآخر بالرق كما لو أقر بقصاص أو
حد فانه يقبل وان تضمن ذلك فوات نفسه ، ويحتمل أن لا يقبل وهو الصحيح لانه يبطل به حق
الله تعالى في الحرية المحكوم بها فلم يصح كما لو أقر قبل ذلك بالحرية ولانه محكوم بحريته فلم يقبل اقراره
بالرق كما ذكرنا ولان الطفل المنبوذ لا يعلم رق نفسه ولا حريتها ولم يتجدد له حال يعرف به رق نفسه
لانه في تلك الحال ممن لا يقبل ولم يتجدد له رق بعد انبساطه فكان اقراره باطلا ، وهذا قول انقسام
وابن المنذر والشافعي وجهان كما ذكرنا فان قلنا يقبل اقراره صارت أحكامه أحكام العبيد فيما عليه
دون ماله ، وبهذا قال أبو حنيفة والمزني وهو أحد قولي الشافعي لانه أقر بما يوجب حقه وحقا عليه

(مسئلة) ولا يلحق بأكثر من أم واحدة)

إذا ادعت امرأتان نسب القبط فهو مبني على قبول دعوتها ، وقد ذكرنا ذلك ، وإن كانت
أحدهما ممن قبل دعوتها دون الأخرى فهو ابنها كالمفردة ، وإن كانتا ممن لا تقبل دعوتها فوجودها
كعدمها وإن كانتا جميعاً ممن قبل دعوتها فهما في إثباته بالبينة وكونه يرى القافة عند عدمها أو تعارضهما
قالرجلين). قال احمد في رواية بكر بن محمد في يهودية ومسلمة ولدنا فادعت اليهودية ولد المسلمة فتوقف
فتقبل يرى القافة فقال ما أحسنه ، ولان الشبه يوجد بينها وبين ابنها كوجوده بين الرجل وابنه بل أكثر
لاختصاصها بمحملة وتغذيته ، والكافرة والمسلمة ، والحرة والأمة ، في الدعوة واحدة كقولنا في الرجال ،
وهذا قول أصحاب الشافعي على الوجه الذي يقولون بقبول دعوتها ، إذا ثبت ذلك فانه لا يلحق
بأكثر من أم واحدة ، فان ألحقته القافة بأمين سقط قولها لاننا لا نعلم خصاً قطعاً ، وقال أصحاب
الرأي يلحق بها بمجرد الدعوى لأن الام أحد الأبوين فجاز ان يلحق باثنين كالآباء

ولنا ان هذا محال يقيناً فلم يحز الحكم به كما لو كان أكبر منهما أو مثلهما بخلاف الرجلين فان كونه
منهما ممكن فانه يجوز اجتماع نطقي الرجلين في رحم امرأة فيمكن ان يخلق منهما ولد كما يخلق من
لطفة الرجل والمرأة ولذلك قال القاتف لصبر قد اشتركا فيه ولا يلزم من الحاقه بمن يتصور كونه
منه الحاقه بمن يستحيل ذلك منه كما لا يلزم من الحاقه بمن يولد مثله لثله الحاقه بأصغر منه

فوجب أن يثبت ما عليه دون ماله كما لو قال لفلان علي ألف درهم ولي عنده رهن ويحتمل أن يقبل اقراره في الجميع ، وهو القول الثاني للشافعي لانه ثبت ما عليه فيثبت ماله كالبينة ولان هذه الاحكام تتبع للرق فاذا ثبت الاصل بقوله ثبت التبع كما لو شهدت امرأة بالولادة ثبت ويثبت النسب تبعاً لها وأما أن أقر بالرق ابتداء لرجل فصدقه فهو كما لو أقر به جواباً وان كذبه بطل اقراره ثم ان أقر به بعد ذلك لرجل آخر جاز ، وقال بعض اصحابنا يتوجه أن لا يسمع اقراره الثاني لان اقراره الاول تضمن الاعتراف بنفي ماله له سوى هذا المقر فاذا بطل اقراره برد المنزله بقي الاعتراف بنفي ماله له غيره فلم يقبل اقراره بما نفاه كما لو أقر بالحربة ثم أقر بعد ذلك بالرق

ولنا أنه اقرار لم يقبله المقر له فلم يمنع اقراره ثانياً كما لو أقر له بثوب ثم أقر به لآخر بعد رد الاول وفارق الاقرار بالحربة فان اقراره بها لم يبطل ولم يرد

(فصل) إذا قبلنا اقراره بالرق بعد نكاحه لم يخل من أن يكون ذكراً أو أنثى فان كان ذكراً فان كان قبل الدخول فسد نكاحه في حته لانه مقر أنه عبد تزوج بغير إذن سيده ولها عليه نصف المهر لانه حق عليه فلم يسقط. بقوله ، وان كان بعد الدخول فسد نكاحه أيضاً ولها عليه المهر جميعه لما ذكرنا لان الزوج يملك الطلاق فاذا قر بما يوجب الفرقة لزمته وولده حر تابع لامه وان كان تزوجاً بأمة فولده لسيدها ويتعلق المهر برقبته لان ذلك من جنائياته ويفديه سيده أو يسلمه وان كان في يده كسب استوفى المهر منه لانه لم يثبت اقراره به لسيده بالنسبة الى امرأته فلا ينقطع حقها منه باقراره

(فصل) فان ادعى نسبه رجل وامرأة فلا تنافي بينهما لا مكان كونه منهما بنسكاح كان بينهما او وطء شبهه فيلحق بهما جميعاً أو يكون ابناً لهما بمجرد دعوىهما كما لو اتفرد كل واحد منهما بالدعوة وإن قال الرجل هذا ابني من زوجتي وادعت زوجته ذلك وادعته امرأة أخرى فهو ابن الرجل ورجح زوجته على الأخرى لان زوجها ابوه فالظاهر انها امه ، ويحتمل ان يتساويا لان كل واحدة منهما لو اتفردت الحق بها فاذا اجتمعنا تساوتا (فصل) ولو ولدت امرأتان ابناً وبناتاً فادعت كل واحدة منهما ان الابن ولدها احتمل وجهين (احدهما) ان يرى المرأتان القافة مع الولدين فيلحق كل منهما بمن الحقته به كما لو لم يكن لهما ولد آخر. (والثاني) يعرض لبنها على اهل الطب والمعرفة فان لبن الذكر يخالف لبن الانثى في طبعه وزنته وقد قيل لبن الابن ثقيل ولبن البنت خفيف فيعتبران بطباعهما ووزنهما وما يختلفان به عند اهل المعرفة فمن كان لبنها لبن الابن فهو ولدها والبنت للأخرى، فان لم يوجد قافة اعتبر باللبن خاصة فاما ان تنازما احد الوالدين وهما ذكران او ابنتان عرضوا على القافة كما ذكرنا فيما تقدم

(فصل) فان ادعى الاقريط رجلان فقال احدهما هو ابني وقال الآخر هو ابنتي فان كان ابناً فهو لمديه وان كان بنتاً فهي لمديها لان كل واحد منهما لا يستحق غير ما ادعاه فان كان حثنى مشكلاً اري القافة لانه ليس قول كل واحد منهما اولى من الآخر، فان اقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه فالحكم فيها كالحكم فيما لو اتفرد كل واحد منهما بالدعوى لان بينة الكاذب منهما كاذبة فوجودها كعدمها والاخرى صادقة فيتعين الحكم بها

وان قلنا يقبل قوله في جميع الاحكام فالنكاح فاسد لكونه تزوج بغير إذن سيده ويفرق بينهما ولا مهر لها عليه ان لم تكن مدخولا بها وان كان دخل بها فلها عليه المهر المسمى جميعه في إحدى الروايتين والاخرى خمسه وان كان القبط اثني فالنكاح صحيح في حقه وان كان قبل الدخول فلا مهر لها لاقرارها بفساد نكاحها وأنها أمة تزوجت بغير إذن سيدها والنكاح الفاسد لا يجب المهر فيه الا بالدخول وان كان دخل بها لم يسقط مهرها ولسيدها الاقل من المسمى أو مهر المثل لان المسمى ان كان أقل فالزوج ينكر وجوب الزيادة عليه وقولها غير مقبول في حقه وان كان الاقل مهر المثل فهي وسيدها يقران بفساد النكاح وأن الواجب مهر المثل فلا يجب أكثر منه الا على الرواية التي يجب فيها المسمى في النكاح الفاسد فيجب ههنا المسمى قل أو كثر لا اعتراف الزوج بوجوده، وأما الاولاد فاحرار ولا تجب قيمتهم لانه لو وجب لوجب بقولها ولا يجب بقولها حق على غيرها ولا يثبت الرق في حق اولادها باقرارها فأما بقاء النكاح فيقال للزوج قد ثبت أنها أمة ولها رقيق لسيدها فان اخترت المقام على ذلك فأقم وان شئت ففارقتها وسواء كان ممن يجوز له نكاح الاماء أو لم يكن لاننا لو اعتبرنا ذلك وأفسدنا نكاحه لكان انساداً لا مقدر جميعه بقولها لان شروط نكاح الامه لا تعتبر في استدامة العقد انما تعتبر في ابتدائه فان قيل فقد قبلتم قولها في أنها أمة في المستقبل وفيه ضرر على الزوج قلنا لم يقبل قولها في الإيجاب حق لم يدخل في العقد

(مسئلة) (فان ادعاه أكثر من اثنين فالحق بهم لحق وان كثروا)

وقد نص أحد في رواية مهنا انه يلحق بثلاثة، ومقتضى هذا انه يلحق بمن ألحقه القافة وان كثروا، وقال ابن حامد لا يلحق بأكثر من اثنين وهو قول أبي يوسف لاننا صرنا إلى ذلك للآثر فيقتصر عليه وقول القاضي: لا يلحق بأكثر من ثلاثة وهو قول محمد بن الحسن وروي ذلك عن أبي يوسف أيضا ولنا أن المعنى الذي لاجله ألحق باثنين موجود فيما زاد عليه فيقاس عليه، وإذا جاز أن يخلق من اثنين جاز أن يخلق من أكثر منهما، وقولهم: ان إلحاقه باثنين على خلاف الاصل ممنوع وان سلمناه لكنه ثبت لمعنى موجود في غيره فيجب تعديته الحكم به كما ان إباحة أكل الميتة عند الحمصة أبيح على خلاف الاصل ولا يمنع من أن يقاس على ذلك مال الغير والصيد الحرمي وغيرها من المحرمات لوجود المعنى وهو إبقاء النفس وتخليصها من الهلاك، وأما قول من قال يجوز إلحاقه بثلاثة ولا يزداد عليه فتحكم فانه لم يقتصر على المنصوص عليه ولا عدى الحكم الى ما في معناه ولا نعلم في الثلاثة معنى خاصا يقتضي إلحاق النسب بهم دون ما زاد عليهم فلم يجوز الاقتصار عليه بالتحكم

(مسئلة) (فان نفته القافة عنهم أو أشكل عليهم أو لم يوجد قافة ضاع نسبه في أحد الوجهين وفي الآخر يترك حتى يبلغ فينتسب الى من شاء أو ما إليه أحد)

وجملة ذلك انه اذا ادعاه أكثر من واحد وأري القافة فنفته عنهم أو لم يوجد قافة أو تعارضت أقوالهم أو لم يوجد من يوثق بقوله لم يرجح أحدهم بذكر علامة في جسده لان ذلك لا يرجح به في سائر الدعاوى سوى الالتقاط في المال والقبط ليس بمال، فعلى هذا يضيع نسبه، وهذا قول أبي بكر لانه

عليه فأما الحكم في المستقبل فيمكن إيفاء حقه وحق من ثبت له الرق عليها بأن يطلقها فلا يلزمه ما لم يدخل عليه أو يتم على نكاحها فلا يسقط حق سيدها فإن طلقها اعتدت عدة الحرة لأن عدة الطلاق حق للزوج بدليل أنها لا تجب إلا بالدخول وسيبها النكاح السابق فلا يقبل قولها في تنقيصها وإن مات اعتدت عدة الامة لأن الغالب فيها حق الله تعالى بدليل وجوبها قبل الدخول وقبل قولها فيها ومن قال بقبول قولها في جميع الاحكام فهذه أمة قد تزوجت بغير إذن سيدها فنكاحها فاسد، ويفرق بينهما وإن كان قبل الدخول فلا مهر لها وإن كان دخل بها وجب لها مهر أمة نكحت بغير إذن سيدها على ما ذكر في موضعه، وهل ذلك مهر المثل أو المسمى؟ فيه روايتان وتعتد حيضتين لأنه وطء في نكاح فاسد وأولاده أحرار لا اعتقاده حرين بها فإنه مفرور بحرثها وعليه قيمتهم يوم الوضع وإن مات عنها لم تجب عدة الوفاة

(فصل) وإن كان قد تصرف بييم أو شراء فتصرفه صحيح وما عليه من الحقوق والأمان يؤدي مما في يديه وما فضل عليه في ذمته لأن معاملة لا يعترف برقه ومن قال بقبول اقراره في جميع الاحكام قال بفساد عقودها وأوجب رد الاعيان الى أربابها إن كانت باقية وإن كانت نالفة وجبت قيمتها في رقبته إن قلنا إنما استدان العبد بغير إذن سيده فهو في رقبته وإن قلنا بأن استدان العبد في ذمته فهذا كذلك ويتبع به بعد المتق لأنه ثبت رضى صاحبه

لادليل لأحدهم أشبه من أم يدع أحد نسبه، وقال ابن حامد تركه حتى يبلغ فينقصب الى من شاء منهم قال القاضي وقد أوما أحد الى هذا في رجلين وتعا على امرأة في طهر واحد الى أن الابن بخير أيهما أحب وهو قول الشافعي في الجديد وقال في القديم حتى يميز لقول عمر: وال، أيهما شئت ولأن الانسان يميل طبعه الى قريبه دون غيره ولأنه مجهول النسب أقرب به من هو من أهل الاقرار فثبت نسبه كما لو انفرد، وقال أصحاب الرأي: يلحق بالمدينين بمجرد الدعوى لأن كل واحد منهم لو انفرد سمعت دعواه فإذا اجتمعا وأمكن العمل بهما وجب كالأقرب له بمال

ولنا أن دعواهما تعارضت ولا حجة لواحد منهما فلم يثبت كما لو ادعى رقه وليس هو في أيديهما قال شيخنا وقول أبي بكر أقرب لما ذكرنا وقولهم يميل طبعه الى قرابته قلنا إنما يميل الى قرابته بعد معرفة أنه قرابته فالمعرفة بذلك سبب الميل فلا يثبت قبله ولو سلم ذلك فإنه يميل أيضا الى من أحسن اليه فإن القلوب جبلت على حب من أحسن اليها وبغض من أساء اليها وقد يميل اليه لاساءة الآخر اليه وقد يميل الى أحسنهما خلقا وأعظمهما قدراً أو جاهاً أو مالا فلا يبقى للميل أثر في الدلالة على النسب، ولا خلاف بين أصحابنا في أنه لا يثبت نسبه بالانتساب قبل البلوغ، قولهم أنه صدق المقر بنسبه قلنا لا يحمل له تصديقه فإن النبي ﷺ لعن من ادعى إلى غير أبيه وهذا يعلم أنه أبوه فلا نمان أن يكون ملعونا بتصديقه، ويفارق ما إذا انفرد فإن المنفرد يثبت النسب بقوله من غير تصديق، وقول عمر رضي الله عنه والأيها شئت لم يثبت ولو ثبت لم يكن فيه حجة لأنه إنما أمره بالموالاة لا بالانتساب وعلى قول من جعل له الانتساب إلى أحدهما إذا انتسب إلى أحدهما عادفان تنسب إلى الآخر أو في نسبه من الأول ولم

(فصل) وان كان قد جنى جنابة موجهة لقصاص فعليه القود حراً كان المجني عليه أو عبداً لان اقراره بالرق يقتضي وجوب القود عليه فيما اذا كان المجني عليه عبداً او حراً فقبل اقراره فيه وان كانت الجنابة خطأ تعاقب ارشها برقية لان ذلك مضر به ، فان كان ارشها أكثر من قيمته وكان في يده مال استوفى منه وان كان مما تحمله العائلة لم يقبل قوله في اسقاط الزيادة لان ذلك يضر بالمجني عليه فلا

ينتسب إلى أحد لم يقبل منه لانه قد ثبت نسبه فلا يقبل رجوعه عنه كما لو ادعى منفرد نسبه ثم أنكره ويفارق الصبي الذي يخبر بين أبيه فيختار أحدهما ثم يرد إلى الآخر اذا اختاره فانه لاحكم لقول الصبي وانما تبع اختياره وشهوته فهو كما لو اشتكى طعناً في يوم وغيره في يوم آخر ، فأما إن قامت للآخر بيئة بنسبه عمل بها لانها تبطل قول القافة الذي هو مقدم على الانتساب فأولى أن تبطل الانتساب وإن وجدت قافة بعد انتسابه فالحققة بنير من انتسب اليه بطل انتسابه لانه أقوى فبطل به الانتساب كالبيئة مع القافة (مسئلة) وكذلك الحكم إن وطئ امرأة اثنان بشبهة أو جارية مشتركة بينهما في طهر واحد أو وطئت زوجة رجل أو أم ولده بشبهة وأتت بولد يمكن أن يكون منه فادعى الزوج أنه من الواطئ أرى القافة معهما كالقبط فألحق بمن الحق به منهما سواء ادعى أو جده أو أحدهما وقد ثبت الاقتراض ذكره القاضي وشرط أبو الخطاب في وطء الزوجة أن يدعي الزوج أنه من الشبهة ذكره في المحرر وكذلك ان تزوجها كل واحد منهما تزويجا فاسداً وكان نكاح أحدهما صحيحا والاخر فاسداً مثل أن يطلق امرأته فينكحها غيره في عدتها ويطؤها أو يبيع أمة فيطؤها المشتري قبل استيرائها وتأتي بولد يمكن أن يكون منها فانه يرى القافة معهما فبأيهما ألحقه لحق ، والخلاف فيه كالخلاف في القبط على ما ذكرنا (مسئلة) (ولا يقبل قول القائف الا أن يكون ذكراً عدلاً مجرباً في الاصابة)

وفي اعتبار حريته وجهان من المحرر قوله القافة قوم يعرفون الانساب بالشبه ولا يختص ذلك بقبيلة ، وقد قيل أكثر ما يكون ذلك في بني مدلج رهط محرز المدلجي وكان اياس بن معاوية المزني قائفاً ولا يقبل قول القائف الا أن يكون ذكراً عدلاً مجرباً في الاصابة لان قوله حكم فاعتبرت له هذه الشروط ، قال القاضي في معرفة القائف بالتجربة هو أن يترك الصبي مع عشرة رجال غير من يدعيه ويرى ايام فان ألحقه بواحد منهم سقط قوله لتبين خطئه وان لم يالحقه بواحد منهم أريناه ايام مع عشرين منهم مدعيه فان ألحقه به لحق ، ولو اعتبر بأن يرى صبياً معروف النسب مع قوم فيسه أبوه أو أخوه فاذا ألحقه بقرية عرفت اصابته وإن ألحقه بغيره سقط قوله جاز وهذه التجربة عند عرضه على القائف للاحتياط في معرفة اصابته ولو لم يجربه بعد أن يكون مشهوراً بالاصابة وصحة المعرفة في مرات كثيرة جاز ، فقد روي أن رجلاً شريفاً شك في ولده من جاريته وأبى أن يستلحقه فر به اياس بن معاوية في المكتب ولا يعرفه فقال له ادع لي أباك فقال له المعلم ومن أبو هذا ؟ قال فلان ، قال من أين علمت أنه أمه ؟ قال هو أشبه به من الغراب بالغراب فقام المعلم مسروراً إلى أبيه فأعلمه بقول اياس فخرج

يقبل قوله فيه وقيل تجب الزيادة في بيت المال لان ذلك كازواجيا المجني عليه فلا يقبل قوله في اسقاطه وان جنى عليه جنابة موجبة للقود وكان الجاني حراً سقط لان الحر لا يقاد منه العبد وقد أقر المجني عليه بما يسقط القصاص، وان كانت موجبة لمال يقل بالرق وجب أقل الاسرين وان كان مساوياً للواجب قبل الاقرار وجب ويدفع الواجب الى سيده، وان كان الواجب يكثر لكون قيمته بعداً أكثر من دينه حراً لم يجب الا ارض الجنابة على الحر ومن قبل قوله في الاحكام كلها أوجب ارض الجنابة على العبد، وان كان الارض تحمله العاقلة اذا كان حراً سقط. عن العاقلة ولم يجب على الجاني لان اقراره بالرق يتضمن اقراره بالسقوط عن العاقلة ولم يقبل في الجاهلية على الجاني فسقط وقيل لا يتحول عن العاقلة ومن قال لا يقبل اقراره في الاحكام كلها أوجب الارض على الجاني

الرجل وسأل ايماساً من أين علمت أن هذا ولدي؟ فقال سبحانه الله وهل يخفى ذلك على أحد إنه لأشبه بك من الغراب بالغراب فسر الرجل واستلحق ولده

(فصل) نقل عن أحمد أنه لا يقبل الا قول اثنين من القافة ولفظ الشهادة منهما فروى عنه الأثرم أنه قيل له اذا قال أحد القافة هو لهذا وقال الآخر هو لهذا قال لا يقبل قول واحد حتى يجتمع اثنان فيكونان شاهدين فاذا شهد اثنان من القافة أنه لهذا فهو لهذا لانه قول يثبت به النسب أشبه الشهادة ولانه حكم بالشبه في الخلقة فاعتبر فيه اثنان كالحكم بالمثل في جزاء الصيد، وقال القاضي يقبل قول الواحد لانه حكم ويكفي في الحكم قول واحد وحمل كلام أحمد على ما اذا تعارض قول القاتنين فقال اذا خالف القاتن غيره تعارضاً وسقطاً، ولان النبي ﷺ اكتفى بقول معزز وحده فان قال اثنان قولاً وخالفهما واحد فقولهما أولى لانه أقوى من قول واحد، وإن عارض قول اثنين قول اثنين سقط. قول الجميع، فان عارض قول اثنين قول ثلاثة أو أكثر لم يرجع وسقط الجميع كما لو كانت احدي البينتين اثنتين والاخرى ثلاثة وأما ان ألحقته القافة بواحد فجاءت قافة أخرى فألحقته بأخر كان للاول لان قول القاتن جرى مجرى حكم الحاكم اذا حكم حكماً لم ينتقض بمخالفة غيره ولذلك لو ألحقته بواحد ثم عادت وألحقته بغيره كذلك، وإن أقام الآخر بينة أنه ولده حكم له به وسقط. قول القاتن لانه بدل فسقط. بوجود الاصل كالتيميم مع الماء

(فصل) واذا ألحقته القافة بكافر أو رقيق لم يحكم بكفره ولا رقه لان الحرية والاسلام ثبتا له بظاهر الدار فلا يزول ذلك بمجرد الشبه والظن كما لم يزل ذلك بمجرد الدعوى من المنفرد لها وأما قبلنا قول القافة في النسب الحاجة إلى اثباته ولكونه غير مخالف للظاهر ولهذا اکتفينا فيه بمجرد الدعوى من المنفرد ولا حاجة إلى اثبات رقه وكفره واثباتهما يخالف الظاهر

(فصل) لو ادعى نسب القبط انسان وألحق نسبه به لانفراده بالدعوى ثم جاء آخر فادعاه لم يزل نسبه عن الاول لانه حكم له به فلا يزول بمجرد الدعوى فان ألحقته به القافة لحق به وانقطع عن الاول لانها بينة في إلحاق النسب فيزول بها الحكم الثابت بمجرد الدعوى كالشهادة

كتاب الوصايا

الوصايا جمع وصية مثل العطايا جمع عطية، والوصية بالمال هي التبرع به بعد الموت، والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله سبحانه وتعالى (كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيراً الوصية) وقال الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) وأما السنة فروى سعد بن أبي وقاص قال جاءني رسول الله ﷺ يهودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي فقلت يا رسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني الا ابنة أفأصدق بثلاثي مالي؟ قال «لا» قلت فبالشطر يا رسول الله؟ قال «لا» قلت فبالثلث؟ قال «الثلث والثالث كثير انك ان تذر ورثتك أغنياً خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس» وعن ابن عمر ان رسول الله ﷺ قال «ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي به بيتا ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده» متفق عليهما وروى ابو امامة قال سمعت رسول الله ﷺ يقول ان الله قد اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث رواه سعيد وابو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح وعن علي رضي الله عنه قال انكم تقرؤن هذه الآية (من بعد وصية يوصي بها أو دين) وان النبي ﷺ قضى ان الدين قبل الوصية ورواه الترمذي وأجمع العلماء في جميع الامصار والاعصار على جواز الوصية

(فصل) ولا تجب الوصية لآعلى من عليه دين او عنده ودبعة او عليه واجب يوصي بالخروج منه فان الله تعالى فرض اداء الامانات وطريقه في هذا الباب الوصية فتكون مفروضة عليه فاما الوصية بجزء

كتاب الوصايا

(وهي الامر بالتصرف بعد الموت) الوصايا جمع وصية مثل العطايا جمع عطية والوصية بالمال هي التبرع به بعد الموت، وقال ابو الخطاب هو التبرع به مال يقف فآوذه على خروجه من الثلث، فعلى قوله تكون العطية في مرض الموت وصية، والصحيح أنها ليست وصية لأنها تخالفها في الاسم والحكم في أشياء ذكرناها في عطية المريض، والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله سبحانه (كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيراً الوصية) وقوله (من بعد وصية يوصي بها أو دين) وأما السنة فروى سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال: جاءني رسول الله ﷺ يهودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي فقلت يا رسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني الا ابنة أفأصدق بثلاثي مالي؟ قال «لا» قلت فبالشطر يا رسول الله؟ قال «لا» قلت فبالثلث؟ قال «الثلث والثالث كثير انك ان تذر ورثتك أغنياً خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس» متفق عليه وعن ابن عمر ان رسول الله ﷺ قال «ما حق امرئ مسلم له ما يوصي فيه بيتا ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده»

من ماله فليست بواجبة على أحد في قول الجمهور وبذلك قال الشعبي والنخعي والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم ، وقال ابن عبد البر أجمعوا على أن الوصية غير واجبة إلا على من عليه حقوق بغير بينة وأمانة بغير إظهار إلا طائفة شذت فأوجبها روي عن الزهري أنه قال جعل الله الوصية حقاً مما قل أو كثر وقبل لأبي مجلز على كل ميت وصية ؛ قال إن ترك خيراً وقال أبو بكر عبد العزيز هي واجبة للأقربين الذين لا يرثون وهو قول داود وحكي ذلك عن مسروق وطاوس وإياس وقتادة وابن جرير واحتجوا بالآية وخبر ابن عمر وقالوا نسخت الوصية للأقربين والأقربين الوارثين وبقيت فيمن لا يرث من الأقربين

ولنا إن أكثر أصحاب رسول الله ﷺ لم ينقل عنهم وصية ولم ينقل لذلك نكير ولو كانت واجبة لم ينقلوا بذلك ولنقل عنهم نقلاً ظاهراً ولأنها عطية لا تجب في الحياة فلا تجب بعد الموت كعطية الأجانب فأما الآية فقال ابن عباس نسخها قوله سبحانه (الرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون) وقال ابن عمر نسختها آية الميراث وبه قال عكرمة ومجاهد ومالك والشافعي وذهب طائفة ممن يرى نسخ القرآن بالسنة إلى أنها نسخت بقول النبي ﷺ ؛ أن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث ، وحديث ابن عمر محمول على من عليه واجب أو عنده وديعة

(فصل) وتستحب الوصية بجزء من المال لمن ترك خيراً لأن الله تعالى قال (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية) فنسخ الوجوب وبقي الاستعجاب في حق من لا يرث وقد

متفق عليه وعن أبي أمامة قل : سمعت رسول الله ﷺ يقول « أن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح وعن علي رضي الله عنه قال إنكم تقرؤون هذه الآية (من بعد وصية يوصي بها أو دين) وإن النبي ﷺ قضى بالدين قبل الوصية رواه الترمذي وأجمع العلماء في جميع الأمصار والأعصار على جواز الوصية

(فصل) ولا تجب إلا على من عليه دين أو عنده وديعة أو عليه واجب يوصي بالخروج منه لأن الله تعالى أوجب أداء الأمانات إلى أهلها وطريقه الوصية فتكون واجبة عليه ، فأما الوصية ببعض ماله فليست واجبة عند الجمهور يروى ذلك عن الشعبي والنخعي والثوري ومالك وأصحاب الرأي والشافعي وغيرهم ، قال ابن عبد البر أجمعوا على أن الوصية غير واجبة إلا على من عليه حق بغير بينة أو أمانة بغير إظهار إلا طائفة شذت فأوجبها فروي عن الزهري أنه قال : جعل الله الوصية حقاً مما قل أو كثر ، وقيل لأبي مجلز على كل ميت وصية ؛ قال إن ترك خيراً وقال أبو بكر عبد العزيز هي واجبة للأقربين الذين لا يرثون وبه قال داود وحكي ذلك عن مسروق وطاوس وإياس وقتادة وابن جرير واحتجوا بالآية وبخبر ابن عمر فقالوا تستحب الوصية للأقربين والأقربين الوارثين وبقيت فيمن لا يرث من الأقربين

روى عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ « يا ابن آدم جعلت لك نصيباً من مالك حين أخذت بك ظمك لا طهر لك وأزكك » وعن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلاث أموالكم » رواها ابن ماجه وقال الشعبي من أوصى بوصية فلم يجر ولم يحف كان له من الاجر مثل ما لو أعطاه وهو صحيح وأما الفقير الذي له ورثة محتاجون فلا يستحب له إن يوصي لأن الله قال في الوصية (إن ترك خيراً) وقال النبي ﷺ « بعد » أنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم غالة يتكففون الناس » وقال « أبدأ بنفسك ثم بمن تعول » وقال علي رضي الله عنه لرجل أراد أن يوصي أنك إن تدع طائلاً إنما تركت شيئاً يسيراً فدعه لورثتك وعنه أربعمائة دينار ليس فيها فضل عن الورثة وروى عن عائشة رضي الله عنها أن رجلاً قال لها « لي ثلاثة آلاف درهم وأربعة أولاد فأوصي؟ فقالت اجعل الثلاثة للأربعة وعن ابن عباس قال من ترك سبعاً درهم ليس عليه وصية وقال عروة دخل علي صديق له يعود فقال الرجل أني أريد أن أوصي فقال له إن الله تعالى يقول (إن ترك خيراً) وإنك إنما تدع شيئاً يسيراً فدعه لورثتك. واختاف أهل العلم في المقدار الذي لا تستحب له المالكه فروى عن أحمد إذا ترك دون ألف لا تستحب الوصية رعن علي أربعمائة دينار وقال ابن عباس إذا ترك المائتين سبع مائة درهم فلا يوصي وقال من ترك مائة دينار أما ترك خيراً أو قال طاوس الخير مائة دينار أو قال النخعي ألف وخمسمائة وقال أبو حنيفة القليل أن يصيب أقل الورثة سهماً خمسون درهماً والذي يقوى عندي أنه متى كان المترك لا يفضل عن غنى الورثة فلا تستحب الوصية لأن النبي ﷺ علل المنع من الوصية بقوله « إن ترك ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم غالة » ولأن إعطاء القريب المحتاج خير من إعطاء الأجنبي فمضى لم يبلغ الميراث

ولنا أن أكثر أصحاب رسول الله ﷺ لم يوصوا ولم ينقل لذلك تكبير ولو كانت واجبة لم يخلوا بذلك وانتقل عنهم نقلًا ظاهراً ولأنها عطية لا تحب في الحياة فلم تجب بعد الموت كعطية الأجانب فأما الآية فقال ابن عباس نسخها قوله سبحانه (لرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون) الآية وقال ابن عمر نسخها آية الميراث وبه قال عكرمة ومجاهد ومالك والشافعي وذهب جماعة ممن يرى نسخ القرآن بالذمة إلى أنها نسخت بقول النبي ﷺ « إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث » وحديث ابن عمر محمول على من عليه واجب أو عنده ودعة

(مسئلة) (وتصح من البائع الرشيد) عدلاً كان أو فاسقاً رجلاً أو امرأة مسلماً أو كافراً لأن من بينهم صحيحة فالوصية أولى

(مسئلة) (وتصح من السفه في أصح الوجهين)

المحجور عليه لأنه تصح وصيته في قياس قول أحمد قال الحبري وهو قول الأكثرين وفيه وجه آخر أنها لا تصح حكمه أبو الخطاب لأنه محجور عليه في تصرفاته فلم تصح منه كالمدة ولنا أنه عاقل مكلف فصحت وصيته كالرشيد ولأن وصيته محض مصلحة من غير ضرر لانه

غنام كان تركه لهم كعطيتهم اياه فيكون ذلك افضل من الوصية به لغيرهم فمذهبنا يختلف الجال باختلاف الورثة في كثرتهم وقلة غنام وحاجتهم فلا يتقيد بقدر من المال والله اعلم وقد قال الشعبي ما من مال اعظم اجراً من مال يتركه الرجل لولده يغنيهم به عن الناس

(فصل) والأولى أن لا يستوعب الثالث بالوصية وإن كان غنيا لقول النبي ﷺ « والثالث كثير » قال ابن عباس لو أن الناس غصوا من الثالث فإن النبي ﷺ قال « والثالث كثير » متفق عليه وقال القاضي وأبو الخطاب إن كان غنياً استحب الوصية بالثالث

ولنا إن النبي ﷺ قال لسعد « والثالث كثير » مع أخباره إياه بكثرة ماله وقلة عياله فإنه قال في الحديث أن لي مالا كثيراً ولا يرثني إلا ابنتي وروى سعيد بن أنس عن خالد بن عبد الله ثنا عطاء بن السائب عن أبي عبد الرحمن السلمي عن سعد بن مالك قال مرضت مرضاً فعاذني رسول الله ﷺ فقال لي « أوصيت ؟ » قلت نعم أوصيت بمالي كله فقرا وفي سبيل الله فقال لي رسول الله ﷺ « أوص باعشر » فقلت يا رسول الله إن مالي كثير وورثتي أغنيا فلم يزل رسول الله ﷺ يناديني وادقمه حتى قال « أوص بالثالث والثالث كثير » وقال أبو عبد الرحمن لم يكن أحد منا يبلغ في وصيته الثالث حتى ينقص منه شيئاً لقول النبي ﷺ « الثالث والثالث كثير » إذا ثبت هذا فلا نضل أغني الوصية بالثلث ونحو هذا يروى عن أبي بكر الصديق وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما وهو ظاهر قول السلف وعلماء أهل البصرة ويروى عن عمر رضي الله عنه أنه جاءه شيخ فقال يا أمير المؤمنين أنا شيخ كبير ومالي كثير ويرثني أعراب موالي كثرة متزوج نسبهم أفأوصي بمالي كله ؟ قال لا قال فلم يزل يحط حتى بلغ العشر وقال إسحاق السبيعي السنة الربع إلا أن يكون رجلاً يعرف في ماله حرمة شبهات أو غيرها فإنه استيعاب الثلث ولنا إن أبا بكر الصديق رضي الله عنه أوصى بالثلث وقيل رضى بما رضى الله به لنفسه يعني

إن عاين لم يذهب من ماله شيء وإن مات فهو محتاج إلى الثواب فصحت وصيته كبدانته (فصل) وتصح من الصبي العاقل إذا جاوز العشر ولا تصح من له دون السبع وفيما ينفرد به المذنب من أحمد صحة وصية الصبي العاقل إذا جاوز العشر رواء عنه صالح وحنبلي قال أبو بكر لا يختلف المذهب أن من له عشر سنين تصح وصيته ومن له دون السبع لا تصح وصيته وفيما بين السبع والعشر رواية أن ابن أبي موسى لا تصح وصية الغلام لدون العشر ولا الجارية لدون ثمان قولاً واحداً وما زاد على العشر فيصح على المذنب وفيه وجه آخر لا تصح حتى يبلغ وقال القاضي وأبو الخطاب تصح وصية الصبي إذا عقل وقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه أجاز وصية الصبي وهو قول عمر بن عبد العزيز وشريح وعطاء وإبراهيم وإياس وعبد الله بن عتبة والشعبي والنخعي ومالك وإسحاق قال إسحاق إذا بلغ اثنتي عشرة وحكام ابن المنذر عن أحمد وعن ابن عباس لا تصح (المغني والشرح الكبير) (٥٣) (الجزء السادس)

قوله تعالى (واعلموا اننا غنمتم من شيء) فان الله خدسه) وروى ان ابا بكر وعليهما رضي الله عنهما اوصيا بالحنس وعن علي رضي الله عنه انه قال لأن اوصي بالحنس احب الي من الربيع وعن ابراهيم قال كانوا يقولون صاحب الربيع افضل من صاحب الثلث وصاحب الحنس افضل من صاحب الربيع وعن الشعبي قال كان الحنس احب اليهم من الثلث فهو متهي الجامع وعن العلاء ابن زياد وقال اوصى ابني ان اسال العلماء اي الوصية اعدل فما تناهوا عليه فهو وصيته ؟ فتناهوا على الحنس

(فصل) والافضل ان يجعل وصيته لاقاربه الذين لا يرثون اذا كانوا فقراء في قول عامة اهل العلم قال ابن عبد البر لا خلاف بين العلماء علمت في ذلك اذا كانوا ذوي حاجة وذلك لان الله تعالى كتب الوصية للراغبين والافريقين فخرج منه الوارثون بقول النبي صلى الله عليه وسلم لا وصية لوارث وبقي سائر الاقارب لهم وأقل ذلك الاستحباب وقد قال الله تعالى (وآت ذا القربى حقه) وقال تعالى (وآتي المال على حبه ذوي القربى) فبدأ بهم ولان الصدقة عليهم في الحياة افضل فكذا بعد الموت فان اوصى لغيرهم وتركهم صحت وصيته في قول اكثر اهل العلم منهم سالم وابان بن يسار وعطاء ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي واصحاق واصحاب الرأي وحكي عن طارس والضحاك وعبد الملك بن بسلى أنهم قالوا ينزع عنهم ويرد الى قرابته وعن سعيد بن المسيب والحسن وجابر بن زيد : للذي اوصى له ثلث الثلث والباقي يرد الى قرابة الموصي لانه لو اوصى بما له كله لجازمته الثلث والباقي ردة على الورثة واقاربه الذين لا يرثونه في استحقاق الوصية كالورثة في استحقاق المال كله ولنا ما روى عمران بن حصين ان رجلا اعتق في مرضه ستة أعبد لم يكن له مال غيرهم فبلغ ذلك

وصيته حتى يبلغ فيه قال الحسن وجاهد واصحاب الرأي والشافعي قولان كالذهبيين ولانه تبرع بالمال فلا يصح من الصبي كالمبة والعنق

ولنا ما روى أن صبيا من غسان له عشر سنين وصى لاخوال له فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فأجاز وصيته رواه سعيد ، وروى مالك في موطئه عن عبد الله بن أبي بكر عن أبيه أن عمرو بن سليم أخبره أنه قيل لعمر بن الخطاب ان ههنا غلاما يفا علم يحتمل وورثته بالشام وهو ذو مال وليس له ههنا لا ابنة عم فقال عمر فليوص لما فأوصى بما قال له بئر خشم قال عمرو بن سليم فبعث ذلك المال بثلاثين ألفا وابنة عمه انتي أوصى لها هي أم عمر بن سليم قال أبو بكر وكان الغلام بن عشر أو اثني عشرة سنة وهذه قضية انتشرت ولم تنكر ولانه تصرف محض ففهم للصبي فصيح منه كالا سلام والصلاة وذلك لان الوصية صدقة يحصل ثوابها له بعد غناه عن ماله فلا يلحقه ضرر في عاجل دنياه ولا أخراه بخلاف المبة والعنق المنجز فانه يفوت من ماله ما يحتاج اليه واذا ردت رجعت اليه وههنا لا يرجع اليه بالرد والطفل لا عقل له ولا نصيب عبادانه ولا اطلاقه وأما من له فوق السبع ولم يبلغ العشر فقد ذكرنا فيه روايتين (احدهما) تصح وصيته وهو ظاهر قول القاضي وأبي الخطاب لانه عاقل يصح اسلامه

النبي ﷺ فدعاهم فجزأهم ثلاثة اجزاء ثم أقرع بينهم فاعتق اثنين وارق أربعة فجاز العتق في تلك المرة قرابته ولأنها عطية فجازت لتبر قرابته كالعطية في الحياة

(مسئلة) قال (ولا وصية لو ارث الا أن يميز الورثة ذلك)

وجه ذلك أن لانسان اذا أوصى لو ارثه بوصية فلم يميزها سائر الورثة لم تصح بغير خلاف بين العلماء قال ابن المنذر وابن عبد البر أجمع أهل العلم على هذا وجاءت الاخبار عن رسول الله ﷺ بذلك فروى أبو امامة قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول « ان الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لو ارث » رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي ولان النبي ﷺ منع من عطية بعض ولده وتفضيل بعضهم على بعض في حال الصحة وقوة الملك وامكان تلافى العدل بينهم باعطاء الذي لم يعطه فيما بعد ذلك لما فيه من إيقاع العداوة والحسد بينهم في حال موته أو مرضه وضمف ما يكره وتعلق المحرق به وتعذر تلافى العدل بينهم أولى وأحرى ، وإن أجازها جازت في قول الجمهور من العلماء ، وقال بعض أصحابنا الوصية بطله ، وإن أجازها سائر الورثة إلا أن يعطوه عطية مبتدأة أخذاً من ظاهر قول أحمد ، في رواية حنبل : لا وصية لو ارث وهذا قول المزي وأهل الظاهر وهو قول الشافعي واحتجوا بظاهر قول النبي ﷺ « لا وصية لو ارث » وظاهر مذهب أحمد والشافعي أن الوصية صحيحة في نفسها وهو قول جمهور العلماء لانه تصرف صدر من أهله في محله فصح كما لو وصى لاجنبي والخبر قد روي فيه « الا أن يميز الورثة » والاستثناء من النبي ﷺ أثبات فيكون ذلك دليلاً على صحة الوصية عند الاجازة

يؤمر بالصلاة وتصح منه أشبه من جاوز العشر (والثانية) لا تصح كن له دون السبع والاول أنيس والله أعلم قال الحرقى ومن جاوز العشر فوصيته جائزة اذا وافق الحق بربد اذا وصى وصية يصح مثلها من البالغ صحت منه ومالا فلا قال شريح وعبد الله بن عتبة وهما قاضيان من أصاب الحق أجزأ وصيته (مسئلة) (ولا تصح من غير عاقل كالطفل والمجنون والمبرسم ، وفي السكران وجهان)

أما الطفل ومن له درن سبع سنين والمجنون والمبرسم فلا وصية لهم في قول الأكثرين منهم حميد بن عبد الرحمن ومالك والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ومن تبعهم قال شيخنا ولا نعلم أحد آخا لهم إلا إيس بن معاذة فإنه قال في الصبي والمجنون اذا وافقت وصيتهما الحق جازت وإيس يصحح فإنه لا يحكم اكلامهما ولا تصح عبادته ما ولا شيء من تصرفاتهما فكذلك الوصية بل أولى فإنه اذا لم يصح اسلاحه وصلاته التي هي محض نفع لا ضرر فيها فأولى أن لا يصح بهذه المال يتضرر به وارثه فاما من يفتق في الاحيان فاذا أوصى حال جنونه لم يصح ، وإن أوصى حال افاقته صحت وصيته لانه بمنزلة العقل في شهادته وجوب العبادات عليه فكذلك وصيته ولا تصح وصية السكران في أصح الوجوه وفيه وجه آخر أنها تصح بناء على

ولو خلا من الاستثناء كان معناه لارضية نافذة أو لازمة أو ما أشبه هذا أو يقدر فيه لارضية لو ارث عند عدم الاجازة من غيره من الورثة، وفائدة الخلاف أن الوصية إذا كانت صحيحة فاجازة الورثة تنفيذ واجازة محضة يكفي فيها قول الوارث أجزت أو أمضيت أو نفذت فإذا قال ذلك لزم الوصية وإن كانت باطلة كانت الاجازة هبة مبتدأة تنقصر إلى شروط الهبة من اللفظ والقبول والقبض كالهبة المبتدأة ولو رجع المميز قبل القبض فما يعتبر فيه القبض صح رجوعه

(فصل) وإن أسقط عن وارثه ديناً أو وصى بقضاء دينه أو أسقطت المرأة صداقها عن زوجها أو عفى عن جنابة زوجها المال فهو كالوصية له، وإن عفى عن القصاص وقتلنا الواجب القصاص عينا فقط إلى غير بدل، وإن قلنا الواجب أحد شيئين سقط القصاص ووجب المال، وإن عفى عن حد القذف سقط مطابقاً، وإن وصى لغريم وارثه صحت الرصبة وكذلك إن وهب له وبهذا قال الشافعي وأبو حنيفة وقال أبو يوسف هر وصية للوارث لأن الوارث ينتفع بهذه الرصبة وتستوفي ديونه منها ولنا أنه وصى لاجنبي فصح كالأوصى لمن عادته الاحسان إلى وارثه، وإن وصى لولد وارثه صح فإن كان يقصد بذلك نفع الوارث لم يجز فيما بينه وبين الله تعالى قال طارم في قوله عز وجل (فمن خاف من موص جناً أو أنما) قال أن يوصي لولد ابنته وهو يريد ابنته . رواه سعيد قال ابن عباس الجنف في الوصية والاضرار فيها من الكبائر

(فصل) وإن وصى لكل وارث بمعين من ماله بقدر نصيبه كرجل خلف ابناً وبناتاً وعبداً قيمته

طالقة والاول أصبح لانه غير عاقل أشبه المجنون ومطلقة إنما أرقعه من أوتعه تنايلاً عليه لارتكابه المعصية فلا يتعدى هذا إلى وصيته فإنه لا ضرر عليه فيها إنما الضرر على وارثه فأما الضعيف في عتله فإن منم ذلك رشده في ماله فهو كالسفيه والافيه كالعاقل والله أعلم

(مسألة) (وتصح وصية الآخرس بالإشارة ولا تصح من اعتل لسانه بها وبمحمل أن تصح) إذا فهمت إشارة الآخرس صحت وصيته بها لأنها أقيمت مقام نطقه في طلالته وأما غيره فأن لم تفهم إشارته فلا حكم لها وبه قال أبو حنيفة والشافعي وغيرهما فأما الناطق إذا اعتل لسانه فعرضت عليه وصيته فأشار بها وفهمت إشارته فلا تصح وصيته إذا لم يكن مأبوساً من نطقه ذكره القاضي وابن عقيل وبه قال الثوري والأدزاعي وأبو حنيفة وبمحمل أن يصح وهو قول الشافعي وابن المنذر لأنه غير قادر على الكلام أشبه الآخرس واحتج ابن المنذر بأن رسول الله ﷺ صلى وهو قاعد فأشار إليهم ففعلوا رواه البخاري وخرجه ابن عقيل وجهاً إذا اتصل بامتثال لسانه الموت

وننا أنه غير مأبوس من نطقه فلم تصح وصيته بالإشارة كالتقادر على الكلام والمحر لا يلزم فإن النبي ﷺ كان قادراً على الكلام ولا خلاف في أن إشارة التقادر لا تصح بها وصيته ولا أقاربه وفارق الآخرس فإنه مأبوس من نطقه

مائة وجارية قيمتها خمسون فوصى لابنه بعبده ولائنته بأتمه احتمل أن تصح الوصية لأن حق الوارث في القدر لافي العين بدليل مالو عارض المريض بعض ورثته أو أجنبيا بجميع ماله صح اذا كان ذلك بشئ المثل ، وإن تضمن قوات عين المال واحتمل أن تقف على الاجازة لأن في الاعيان غرضا جميعها وكما لا يجوز انطال حق الوارث في قدر حقه لايجوز من عنه

ولنا أن الرريض لم يضم فيهم شيئا من ماله وإنما تعالى سبب ملكهم على وجه لم يستقر وزال
بغير إزالته فلم يحتسب عليه من ثلثه كما لو اتهم شيئا فرجع الواهب فيه قبل قبضه أو اشترى شيئا فيه
غبطة بشرط الخيار ففسخ البائتم أو وجد بالثمن عيبا ففسخ البيع أو تزوجت المرأة فطلعت قبل الدخول
وإذا لم تكن وصية لم تحتسب عليه من الثلث لم ينعم الميراث كالو ملكه بالميراث عند من سلمه أو كالو كان ذلك في محته
فان ملكه بعوض كالشراء فحكى الخبري عن أحمد أنه يعق ويرث وهذا قول ابن الماجشون وأهل البصرة وقال
القاضي في المبرد ان ملكه بعوض وخرج من الثلث عتق وورث والاعتق منه بقدر الثلث وهذا قول مالك وقال
الخبري وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وحكى غيره عن الشافعي أنه لا فرق عنده بين أن يملكه بعوض

(فصل) وان وصى عبد أو مكاتب أو أم ولد وصية ثم ماتوا على الرق فلا وصية لهم لانه لا مال لهم وان عتقوا ثم ماتوا ولم يغيروا وصيتهم صحت لان لهم قولاً صحيحاً وأهلية تامة وفارقوا الحر بأنهم لا مال لهم والوصية تصح مع عدم المال كما لو وصى الفقير ولا شيء له ثم استثنى وان قال أحدهم متى عتقت ثم مت فقلني لفلان وصية فمتى ثم مات صحت وصيته وبه قال أبو يوسف ومحمد وأبو نؤير ولا أعلم عن غيرهم خلافهم

﴿مسئله﴾ (وان وجدت وصيته بخطه صححت وعنه لا تصح حتى يشهد عليها)

نقل اسحاق بن ابراهيم عن احمد أنه قال من مات فوجدت وصيته مكتوبة عند رأسه ولم يشهد عليها وعرف خطه وكان مشهور الخط يقبل ما فيها ووجه ذلك قول النبي ﷺ « ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده » ولم يذكر شهادة « ولان الوصية يتساع فيها ويصح تعليقها على الخطر والفرار وتصح للحمل وبما لا يقدر على تسليمه فجاز أن يتساع فيها بقبول الخط كرواية الحديث وكما لو كتب الطلاق ولم يلفظ به وعن أحمد ما يدل على أنه لا يقبل الخط في الوصية ولا يشهد على الوصية المختومة حتى يمسحها الشهود منه أو تقرأ عليه فيقرأ بما فيه

أو غيره وإنه ان خرج من الثلث عتق والا عتق منه بقدر الثلث ولا يرث في الحالين لانه لو ورث لكان اعتاقه وصية لو ارث فيبطل عتقه ويبطل ميراثه لبطان عتقه فيؤدي نوريته الى ابطال نوريته فصححنا عتقه ولم نوره لئلا يفضي إلى ذلك ، ومذهب أبي حنيفة وصاحبيه في هذا كنفهم فيما اذا ملكه بغير عوض

ولنا على اعتاقه قول النبي ﷺ « من ملك ذا رحم محرم فهو حر » ولأنه ملك وجد معه ما ينافيه فبطل كلاك النكاح مع ملك الرقة أعني فيما اذا اشترى أحد الزوجين صاحبه ، واذا عتق ورث لانه وجد سبب الميراث عربا عن الموانع فورث كما لو ورثه ، وقولهم ان عتقه وصية لا يصح لان الوصية فعله ، والعتق هنا يحصل من غير اختياره ولا ارادته ، ولان رقة لا تملك لا تحصل له وإنما تلف ماله وتزول فيصير ذلك كتلفه بقتل بعض رقبته أو كإتلاف بعض ماله في بناء مسجد مثل ذلك مريض وهب له ابنه قبله بقيمته مائة ثم مات المريض وخلف ابنا آخر ومائتين فانه يعتق ويقاسم أخاه المائتين في قول الأكثرين ، وعند الشافعي فيما حكى عنه غير الخبري يعتق ولا يرث شيئا وعند صاحبي أبي حنيفة يعتق وله نصف التركة بحسب عليه بقيمته ويبقى له خمسون ، وان كان باق التركة خمسين فعندنا يعتق وله نصف الخمسين وهو قول مالك ، وعند أبي حنيفة يعتق نصفه ويسمي في باقيه والخمسون كلها لأخيه ، وقال أصحابنا تعتق ثلاثة أرباعه وعند الشافعي في قول غير الخبري يعتق نصفه ويرق نصفه ونصفه الرقيق والخمسون كلها لأخيه ، وان كان باق التركة ثلاثمائة فعندنا يعتق وله مائة وخمسون ، وعند الشافعي يعتق ولا يرث شيئا وعند صاحبي أبي حنيفة يعتق وله مائة فان كان اشترى

وهذا قال الحسن وأبو قلابة والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ؛ لان الحكم لا يجوز برؤية خط الشاهد بالشهادة فكذا هنا وأبطل من هذا ان الحاكم لو رأى حكمة بخطه تحت ختمه ولم يذكر أنه حكم به أو رأى الشاهد شهادته بخطه ولم يذكر الشهادة لم يجوز للحاكم اتقاذا الحكم بما وجده ولا للشاهد الشهادة بما رأى خطه به فهنا أولى ، وإن كتب وصيته وقال اشهدوا علي بما في هذه الورقة أو قال هذه وصيتي فاشهدوا علي بها فقد حكى عن أحد أن الرجل اذا كتب وصيته وختم عليها وقال للشهود اشهدوا علي بما في هذا الكتاب لا يجوز حتى يسموا منه ما فيه أو يقرأ عليه فيقر بما فيه وهو قول من سمي في المسألة الاولى ويحتل جوازه على ما قلناه عن أحد اسحاق بن ابراهيم في المسألة قبلها وذكره الحارثي ، وعن قال ذلك عبد الملك بن يعلى ومكحول وغير بن ابراهيم ومالك والليث والاوزاعي ومحمد بن مسلمة وأبو عبيد واسحاق وروي عن سالم بن عبد الله وقتادة وسوار بن عبد الله بن الحسن ومعاذ بن معاذ الغنبريين وهو مذهب فقهاء أهل البصرة وقضاةهم واحتج أبو عبيد بكتب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى عماله وأمرائه في أمر ولايته وأحكامه وسنته ثم ما عمل الخلفاء الراشدون المهديون بعده من كتبهم إلى ولايتهم بالأحكام التي فيها الدماء والفروج والأموال

ابنه بمائة ومات وخلف ابنا آخر ومائة أخرى ففلى الرواية الأولى بعنق ويقاسم أخاه المائة الباقية وعلى ما حكاه القاضي بعنق منه ثلثاه ويرث أربعين وبعنق بآيه على أخيه ولا يرث بذلك الجزء شيئاً لأن عتقه حصل بعد موت أبيه ، وعند الشافعي بعنق ثلثاه ولا يرث ، وقال أبو حنيفة بعنق ثلثاه ويسعى في باقيه ولا يرث ، وعند صاحبيه بعنق كله ولا يرث شيئاً فإن كان قد تصدق قبل ذلك بثلثه أوجباً به لم بعنق لأن الثلث قد ذهب

(فصل) وإن ملك من ورثته من لا بعنق عليه كبنى عمه فأعتقهم في مرضه فعتقهم وصية لانه حصل بفعله واختباره وحكمهم في العتق حكم الاجانب ان خرجوا من الثلث عتقوا والاعتق منهم بقدر الثلث ، وبقي أن يعتقوا ولا يرثوا ، لأنهم لو ورثوا لكانت وصية لوارث فيبطل عتقهم ثم يبطل ميراثهم ، وقد قال أبو الخطاب في رجل ملك ابن عمه فأقر في مرضه أنه كان أعقه في محنته عتق ولم يرث ، وهذا في معنى ما ذكرنا لأن إقراره لوارث غير مقبول فنحننا ميراثه ليقبل إقراره له بالاعتق

(فصل) مريض اشترى أبيه بألف لآمال له سواء ففلى رواية الخبري بعنق كله ، وعلى القول الآخر بعنق ثلثه ، على المقتضى وبعنق بآيه على ابنه وهذا قول مالك وقال أبو حنيفة بعنق ثلثه ويسعى الابن في ثلثيه ، وعلى قول صاحبيه بعنق سدسه ويسعى في خمسة أسداسه ، وقيل على قياس قول الشافعي يفسخ الشراء إلا أن يميز الابن عتقه وقيل بعنق ثلثه ويفسخ البيع في ثلثيه وإن خلف الفين سواء عتق وورث سدسهما وبه قال مالك وأبو حنيفة ، وفي قول صاحبيه بعنق نصفه ويسعى في قيمة نصفه

مختومة لا يعلم حاملها ما فيها وأمضوها على وجهها وذكر استخلاف سليمان بن عبد الملك عمر بن عبد العزيز بكتاب كتبه وختم عليه ، ولا نعلم أحداً أنكر ذلك مع شهرته وانتشاره في علماء العصر فيكون اجماعاً ، ووجه القول الأول أنه كتاب لا يعلم الشاهد ما فيه فلم يجوز أن يشهد عليه ككتاب القاضي إلى القاضي والأولى الجواز إن شاء الله تعالى لظهور دليله والاصل لنا فيه من

(فصل) وأما إذا ثبتت الوصية بشهادة أو إقرار الورثة به فإنه يثبت حكمه ويعمل به ما لم يعلم رجوعه عنه وإن تناولت مدته وتغيرت أحوال الموصي مثل أن يوصي في مرض فيبر أنه ثم يموت بعد أو يقتل لأن الأصل بقاءه فلا يزول حكمه بمجرد الاحتمال والشك كسائر الاحكام

(فصل) ويستحب أن يكتب الموصي وصيته ويشهد عليها لانه أحوط لها وأحفظ لما فيها وقد ذكرنا حديث ابن عمر وروى أنس رضي الله عنه قال كانوا يكتبون في صدور وصاياهم بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أوصى به فلان أنه يشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وإن محمداً عبده ورسوله وأن الساعة آتية لا ريب فيها وإن الله يبعث من في القبور وأوصى من ترك من أهله أن يتقوا الله ويصلحوا ذات بينهم ويطيعوا الله ورسوله إن كانوا مؤمنين وأوصام بما أوصى به إبراهيم بنيه ويعقوب (يا بني إن الله اصطفى لكم الدين فلا تموتن إلا وأنتم مسلمون) أخرجه سعيد بن عباس

(فصل) وإذا وهب الانسان أبوه أو وصى له به استحبه له أن يقبله ولم يجب، وهذا قول الشافعي ويحتمل أن يجب عليه قبوله لأن فيه اعتاقا لايه من غير التزام مال ولنا أنه استجلاب ملك على الاب فلم يلزمه كما لو بذل له بعوض أو كما لو بذل له ابنة أو غيره من أقاربه ولأنه يلزمه ضرر بالحقوق المنة به وتلزمه نفقته وكسوته

(فصل) إذا وصى لوارثه وأجنبي بثلته فأجاز سائر الورثة وصية الوارث فالثلث بينهما، وإن وصى لكل واحد منهما بمعين قيمتهما الثلث فأجاز سائر الورثة وصية الوارث جازت الوصية لهما وإن ردوا بطلت وصية الوارث في المسألتين وللأجنبي السدس في الأول والمعين الموصى له به في الثانية، وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم، وإن كانت الوصيتان بثلتي ماله فأجاز الورثة لهما جازت لهما، وإن عينا نصيب الوارث بالرد وحده فللأجنبي الثلث كاملا لأنهم خصوا الوارث بالابطال فالثلث كله للأجنبي وسقطت وصية الوارث نصار كانه لم يوص له، وإن أبطلوا الزائد عن الثلث من غير تعيين نصيب أحدهما فالثلث الباقي بين الوصيين لكل واحد منهما السدس، هذا الذي ذكره القاضي وهو قول مالك والشافعي وذلك لأن الوارث يزاحم الأجنبي إذا أجاز الورثة الوصيتين فيكون لكل واحد منهما الثلث فإذا أبطلوا نصيبهما بالرد كان البطلان راجعا إليهما وما بقي منهما بينهما كما لو تلف ذلك بغير الرد، واختار أبو الخطاب أن الثلث جميعه للأجنبي وحكي نحوه هذا عن أبي حنيفة لأنهم لا يقدرزون على إبطال الثلث فنادون إذا كان لأجنبي، ولو جعلنا الوصية بينهما للملكوا إبطال ما زاد على السدس، فإن صرح الورثة بذلك فلو أجزنا الثلث للملكا ورددنا ما زاد عليه في وصيتهما أو قالوا

عن هشام بن حسان عن ابن خنيس عن أنس، وروى عن ابن مسعود أنه كتب في وصيته بسم الله الرحمن الرحيم هذا ذكر ما أوصى به عبد الله بن مسعود أن يحدث بي حادث الموت من مرضه هذا أن مرجع وصيتي إلى الله تعالى ثم إلى الزبير بن العوام وابنه عبد الله وأنهما في حل وبلى مما وليا وقضيا وأنه لا يزوج امرأة من بنات عبد الله إلا بأذنهما، وروى ابن عبد قال كان في وصيته أبي الدرداء بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أوصى أبو الدرداء أنه يشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأن محمدا عبده ورسوله وأن الجنة حق والنار حق وأن الله يبعث من في القبور وأنه يؤمن بالله ويكفر بالطاغوت على ذلك يحيى ويموت إن شاء الله وأوصى فيما رزقه الله بكذا وكذا وأن هذه وصيته إذ لم يغيرها.

(فصل) قال رحمه الله (والوصية مستحبة لمن ترك خيرا وهو المال الكثير بخمس ماله وتركه لغيره إن كان له ورثة)

وجملة ذلك أن الوصية مستحبة لمن ترك خيرا لقول الله تعالى (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا) الوصية فتسوخ الوجوب وبقي الاستحباب في حق من لا يرث، وروى ابن عمر

رددنا من وصية كل واحد منكنا نصفها وبقيتنا له نصفها كان ذلك أكد في جعل السدس لكل واحد منهما لتصرفهم به ، وإن قالوا أجزنا وصية الوارث كلها ورددنا نصف وصية الأجنبي فهو على ما قالوا لأن لهم أن يميزوا لهما ويردوا عليهما فكان لهم أن يميزوا لأحدهما ويردوا على الآخر ، وإن أجازوا للأجنبي جميع وصيته وردوا على الوارث نصف وصيته جاز كما قلنا ، وإن أرادوا أن ينقصوا الأجنبي عن نصف وصيته لم يملكو ذلك سواء أجازوا للوارث أو ردوا عليه ، فإن ردوا جميع وصية الوارث ونصف وصية الأجنبي فعلى قول القاضي لهم ذلك لأن لهم أن يميزوا الثلث لهما فيشتركان فيه ويكون لكل واحد منهما نصفه ثم إذا رجعوا فيما للوارث لم يزد الأجنبي على ما كان له في حالة الإجازة والوارث وعلى قول أبي الخطاب يتوفر الثلث كله للأجنبي لأنه إنما ينقص منه بزيادة الوارث فإذا زالت الزيادة وجب توفير الثلث لأنه قد أوصى له به ، ولو خلف أبين ووصى لهما بثلثي ماله ولأجنبي بالثلث فردا الوصية فقال أبو الخطاب عندي للأجنبي الثلث كاملا وعند القاضي له الثلث وبجبي فيه من الفروع مثل ما ذكرنا في التي قبلها

(فصل) وإن وصى بشئ لوارث وأجنبي وقال إن ردوا وصية الوارث فالثلث كله للأجنبي كما وصى وإن أجازوا للوارث فالثلث بينهما لأن الوصية تتعلق بالشرط ، وأما لو قال أوصيت لفلان بثلثي فان مات قبلي فهو لفلان صح وإن قال وصيت بثلثي لفلان فان قدم فلان الغائب فهو له صح فإن قدم الغائب قبل موت الموصي صار هو الوصي وبطلت وصية الأول سواء عاد إلى الغيبة أو لم يعد لأنه قد وجد شرط انتقال الوصية إليه فلم ينتقل عنه بعد ذلك ، وإن مات الموصي قبل قدوم الغائب فأوصية للحاضر سواء قدم الغائب بعد ذلك أو لم يقدم

قال: قال رسول الله ﷺ «يا ابن آدم جعلت لك نصيبا من مالك حين أخذت بكظمك لا طهر لك وأزكك» وعن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ «إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم رواهما ابن ماجه ، وقول الشعبي من أوصى بوصية فلم يجر ولم يحف كان له من الأجر مثل ما لو أعطاه وهو صحيح ، وأما الفقير الذي له ورثة محتاجون فلا يستحب له أن يوصي لأن الله تعالى قال في الوصية إن ترك خيرا وقال النبي ﷺ لسعد «أنتك إن تدع ورثتك أغنيا» حير من أن تدعهم حالة يتكفون الناس» وقال أبدأ بنفسك ثم بمن تعول وقال علي رضي الله عنه لرجل أراد أن يوصي أنك لم تدع ما نلا إنما تركت شيئا يسيرا فدعه لورثتك ، وروى عنه أنه قال في أربع مائة دينار ليس فيها فضل عن الوارث وروى عن عائشة رضي الله عنها أن رجلا قال لها لي ثلاثة آلاف درهم وأربعة أولاد فأوصي فقالت اجعل الثلاثة للأربعة وعن ابن عباس قال من ترك سبع مائة درهم ليس عليه وصية وقال عروة دخل علي على صديق له يعود فقال الرجل أني أريد أن أوصي فقال له علي إن الله تعالى يقول إن ترك خيرا وأنتك إنما تدع شيئا يسيرا فدعه لورثتك ، واختلف أهل العلم في القدر الذي

ذكره القاضي لأن الوصية ثبتت لوجود شرطها فلم تقل عنه كما لو لم يقدم ، ويحتمل أن الغائب أن يقدم بعد الموت كانت الوصية له لأنه جعلها له بشرط قدومه وقد وجد ذلك

(فصل) وإن وصى لوارث فأجاز بعض باقي الورثة الوصية دون البعض نفذ في نصيب من أجاز دون من لم يجز ، وإن أجازوا بعض الوصية دون بعض نفذت فيما أجازوا دون ما لم يجزوا ، فإن أجاز بعضهم بعض الوصية وأجاز بعضهم جميعها أو ردها فهو على ما فعلوا من ذلك ، فلو خاف ثلاثة بنين وعبد لا يملك غيره فوصى به لأحدهم أو وهبه إياه في مرض موته وأجاز له أخواه فهو له ، وإن أجاز له أحدهما وحده فله ثلثا ، وإن أجاز له نصف العبد فله نصفه ولهما نصفه وإن أجاز أحدهما له نصف نصيبه ورد الآخر فله النصف كاملا ، الثالث نصيبه والبدن من نصيب المجيز ، وإن أجاز كل واحد منهما له نصف نصيبه كل له اثنتان وإن أجاز له أحدهما نصف نصيبه والآخر ثلاثة أرباع نصيبه كل له ثلاثة أرباع العبد ، وإن وصى بالعبد لاثنتين منهما فللثالث أن يجز لهما أو يرد عليهما ، أو يجز لهما بعض وصيتهما إن شاء متساويا وإن شاء متفاضلا أو يرد على أحدهما ويجز للآخر وصيته كلها أو بعضها أو يجز لأحدهما جميع وصيته والآخر بعضها فكل ذلك جائز لأن الحق له فكيفما شاء فعل فيه

(مسألة) قال (ومن أوصى لغير وارث بأكثر من الثلث فأجاز ذلك الورثة بعد موت الوصي جاز وإن لم يجزوا رد إلى الثلث)

لا تستحب الوصية للملكة فروي عن أحمد إذا ترك دون الألف لا تستحب له الوصية وعن علي أربع مائة دينار وعن ابن عباس إذا ترك الميت سبعمائة درهم فلا يوصي وقال من ترك ستين دينارا ما ترك خيرا وقال طاوس الخير ثمانون دينارا ، وقال النخعي ألف إلى خمسمائة وقال أبو حنيفة القليل أن يصيب أقل الورثة سهما خمسون درهما ، قال شيخنا والذي يقوى عندي أنه متى كان المتروك لا يفضل عن غنى الورثة لم تستحب الوصية لأن النبي ﷺ علل المنع من الوصية بقوله « إنك إن ترك ورثتك أغنيا ، خير من أن تدنهم عالة ، ولأن إعطاء القريب المحتاج خير من إعطاء الأجنبي فمتى لم يبلغ الميراث غناهم كان تركه لهم كعطيتهم إياه فيكون أفضل من الوصية به لغيرهم . فعلى هذا تختلف الحال باختلاف الورثة في كثرتهم وقلتهم وغنائهم وحاجتهم فلا يتقيد بقدر من المال وقد قال الشعبي ما من مال أعظم أجرا من مال يتركه الرجل لولده فيفنيهم به عن الناس

(فصل) والاولى أن لا يستحب الثلث بالوصية وإن كان غنيا لقول النبي ﷺ « والثلث كثير » قال ابن عباس لو أن الناس تمصوا من الثلث فإن النبي ﷺ قال « الثلث كثير » متفق عليه وقال القاضي وأبو الخطاب إن كان غنيا استحب الوصية بالثلث

وجملة ذلك ان الوصية لغير الوارث تلتزم في الثالث من غير اجازة وما زاد على الثالث يقف على اجازتهم فان اجازوه جازوا ان رده بطل في قول جميع العلماء . والاصل في ذلك قول النبي ﷺ لسعد حين قال اوصني بمالي كله؟ قال «لا» قال فبالثلثين؟ قال لا قال فبالنصف؟ قال لا قال فبالثالث قال «الثلث والثالث كثير» وقوله عليه السلام «ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم عند مماتكم» يدل على انه لا شيء له في الزائد عليه وحديث عمران بن حصين في المملوكين الذين اعقهم المريض ولم يكن له مال سواهم ندعاهم النبي ﷺ فجزأهم ثلاثة اجزاء واقرب بينهم فاعتق اثنين رارق اربعة وقال له قولاً شديداً يدل ايضاً على انه لا يصح تصرفه فيما عدا الثالث اذا لم يجر الورثة ويجوز باجازتهم لان الحق لهم والقول في بطلان الوصية لزائد عن الثالث كما نقول في الوصية للوارث على ما ذكرنا ، وهل اجازتهم تنفيذاً وعطية مبتدأة؟ فيه اختلاف ذكرناه في الوصية للوارث، والخلاف فيه مبني على ان الوصية به او العطية له في مرض الموت الخوف صحيحة موقوفة على الاجازة او باطلة فظاهر المذهب انها صحيحة وان الاجازة تنفيذ مجرد يكفي فيه قول المجيز اجزت ذلك او انفذته او نحوه من الكلام ولا ينتقل الى شروط الهبة وينفرد عن هذا الخلاف انه لو اعتق عبداً لا مال له سواه في مرضه او وصى باعتاقه فاعتقوه بوصيته فقد نفذ العتق في ثلثه ووقف عتق باقيه على اجازة الورثة فان اجازوه عتق جميعه واختص عصبات الميت بولائه كله اذا قلنا بصحة اعتاقه ووصيته ، وان قلنا هي باطلة والاجازة عطية مبتدأة اختص عصبات الميت بثلث ولائه وكان ثلثه لجميع الورثة بينهم على قدر ميراثهم لانهم باشره بالاعتاق وكذلك لو تبرع بثلث ماله في مرضه ثم اعتق او وصى بالاعتاق فالحكم فيه على ما ذكرنا ، ولو اوصى لابن وارثاً

ولنا ان النبي ﷺ قال لسعد «والثلث كثير» مع اخباره اياه بكثرة ماله وقلة عياله فانه قال في الحديث : ان لي مالا كثيراً ولا يرثني الا ابنتي . وروى سعيد ثنا خالد بن عبد الله ثنا عطاء بن السائب عن أبي عبد الرحمن السلمي عن سعد بن مالك قال مرضت مرضاً فعادني رسول الله ﷺ فقال لي «أوصيت؟» فقلت نعم أوصيت بمالي كله لفقراء وفي سبيل الله فقال لي رسول الله ﷺ «أوص بالعشر» فقلت يا رسول الله مالي كثير وورثتي أغنياء فلم يزل رسول الله ﷺ يناتقني وأناقصه حتى قال «أوص بالثلث والثلث كثير» قال أبو عبد الرحمن لم يكن منا من يبلغ في وصيته الثلث حتى ينقص منه شيئاً لقول رسول الله ﷺ «الثلث والثالث كثير» اذا ثبت هذا فالأفضل للمغني الوصية بالخنس روى نحو هذا عن أبي بكر الصديق وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما وهو ظاهر قول السلف وعلما أهل البصرة ، ويرى عن عمر رضي الله عنه أنه جاءه شيخ فقال يا أمير المؤمنين أنا شيخ كبير ومالي كثير ويرثني اعراب موالي كلاله منزوج بينهم أما وصي بمالي كله؟ قال لا فلم يزل يحطه حتى بلغ العشر وقال اسعاق السنة الربم الا أن يكون الرجل يعرف في ماله حرمة شبهات أو غيرها فله استيعاب الثلث

بعد تبرعه بثلاث ماله أو إعطاه عطية في مرضه فأجاز أبوه وصيته وعطيته ثم أراد الرجوع فيما إجازته فله ذلك أن قلنا هي عطية مبتدأة وليس له ذلك على القول بأنها إجازة مجردة، ولو تزوج رجل ابنة عمه فأوصت له بوصية أو عطية في مرض موتها ثم ماتت وخلفتها وأباه فأجاز أبوه وصيته وعطيته فالحكم فيه على ما ذكرناه، ولو وقف في مرضه على ورثته فأجازوا لوقف صح أن قلنا إجازتهم تنفذ ولم يصح أن قلنا هي عطية مبتدأة ولا أنهم يكونون واقفين على أنفسهم، ولا فرق في الوصية بين المرض والصحة وقد روى حنبل عن أحمد أنه قال إن أوصى في المرض فهو من الثلث وإن كان صحيحا فله أن يوصي بما شاء، يعني به العطية قاله القاضي أما الوصية فأنها عطية بعد الموت فلا يجوز منها الاثالث على كل حال (فصل) ولا يعتبر الرد والإجازة إلا بعد موت الموصي فلو إجازوا قبل ذلك ثم ردوا أو اذنوا لمردوهم في حياته بالوصية بجميع المال أو بالوصية لبعض ورثته ثم بدلهم فردوا بعد وفاته فلم يرد سواء كانت الإجازة في صحة الموصي أو مرضه نص عليه أحمد في رواية أبي طالب وروى ذلك عن ابن مسعود وهو قول شريح وطارس والحكم والثوري والحسن بن صالح والشافعي وأبي ثور وابن المنذر وأبي حنيفة وأصحابه، وقال الحسن وعطاء وحامد بن أبي سليمان وعبد الملك بن يعلى والزهري وربيعة والوزاعي وابن أبي ليلى ذلك جائز عليهم لأن الحق للارثة فإذا رضوا بتركه سقط حقهم كما لو رضي المشتري بالعيب وقال مالك إن اذنوا له في صحته فلم ينسحبوا وإن كان ذلك في مرضه وحين يحجب عن ماله فذلك جائز عليهم ولنا أنهم اسقطوا حقوقهم فيما لم يلكوه فلم يلزمهم كالمراة إذا اسقطت صداقها قبل النكاح أو

ولنا أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه أوصى بالخمس وقال رضيت بما رضي الله به لنفسه يريد قوله تعالى (واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه) وروى أن أبا بكر وعلياً رضي الله عنهما أوصيا بالخمس، وعن علي رضي الله عنه أنه قال لأن أوصي بالخمس أحب إلي من أن أوصي بالربع وعن إبراهيم قال كانوا يقولون صاحب الربع أفضل من صاحب الثلث وصاحب الخمس أفضل من صاحب الربع وعن الشعبي قال كان الخمس أحب إليهم من الثلث فهو متعنى الجامع، وعن العلاء بن زياد قال أوصى أبي أن أسأل العلماء أي الوصية أعدل فما تناهبوا عليه فهو وصية فتناهبوا على الخمس.

(فصل) والأفضل أن يحمل وصيته لأقاربه الذين لا يرثون إذا كانوا فقراء في قول عامة أهل العلم قال ابن عبد البر لا خلاف بين العلماء علمت في ذلك إذا كانوا ذوي حاجة وذلك لأن الله تعالى كتب الوصية للوالدين والأقربين فخرج منه الوارثون بقول النبي ﷺ « لا وصية لوارث » وبقي سائر الأقارب على الوصية لهم وأقل ذلك الاستعجاب، وقد قال الله تعالى (وآت ذا القربى حقه) وقال تعالى (وآتى المال على حبه ذوي القربى) فبدأ بهم ولأن الصدقة عليهم في الحياة أفضل فكذلك بعد

استطاع الشفيع حقه من الشفعة قبل البيع ولاها حالة لا يصح فيها رد الوصية فلم يصح فيها إجازتهم كما قبل الوصية

(فصل) وإذا وصى بأكثر من الثلث فأجاز الوارث الوصية وقال إنما أجزئها غلنا أن المال قليل فبان كثيراً فإن كانت الوصية بينة تشهد باعترافه بمعرفة قدر المال أو كان المال ظاهراً لا يخفى عليه لم يقبل قوله الأعلى قول من قال الإجازة هبة مبتدأة فلا الرجوع فيما يجوز الرجوع في الهبة في مثله وإن لم تشهد بينة باعترافه بذلك فالقول قوله مع يمينه لأن الإجازة تنزل منزلة الإبراء فلا يصح في المجهول والقرل قوله في الجهل به مع يمينه لأن الأصل عدم العلم ويحتمل أن لا يقبل قوله لأنه أجاز عقداً له الخيار في فسخه فبطل خياره كالأول إجاز اليمين من له الخيار في فسخه بيب أو خيار وإن وصى بيمين كعبد أو فرس يزيد على الثلث فأجاز الوصية بها ثم قال غلنت المال كثيراً فنخرج الوصية من ثلثه فبان قليلاً أو ظهر عليه دين لم اعده لم تبطل الوصية لأن العبد معلوم لاجهالة فيه ويحتمل أن يملك الفسخ لأنه قد يسحق بذلك غلنا منه أنه يبقى له من المال ما يكفيها فإذا بان خلاف ذلك لحقه الضرر في الإجازة فذلك الرجوع كالمسئلة التي قبلها

(فصل) ولا تصح الإجازة إلا من جائز التصرف، فأما الصبي والمجنون والمحجور عليه لسفه فلا تصح الإجازة منهم لأنها تبرع بالمال فلم تصح منهم كالهبة، وأما المحجور عليه لفلس فإن قلنا الإجازة هبة لم تصح منه لأنه ليس له هبة ماله وإن قلنا هي تنفيذ وصية

الموت فإن أوصى لغيرهم وتركهم صحته وصيته في قول أكثر أهل العلم منهم سالم وسليمان بن يسار وعطاء ومالك والثوري والأوزاعي وأصحاب الرأي والشافعي وإسحاق وحكي عن طاوس والضحاك وعبد الملك بن بلي أنهم قالوا ينزع عنهم ويرد إلى قرابته، وعن سعيد بن المسيب والحسن وجابر بن زيد الذي أوصى له ثلث الثلث والباقي يرد إلى قرابة الموصي لأنه لو أوصى بماله كله لجاز منه الثلث والباقي يرد على الورثة وأقاربه الذين لا يرثونه في استحقاق الوصية كالورثة في استحقاق المال كله .

ولنا ما روى عمران بن حصين أن رجلاً أعتق في مرضه ستة أعبد لم يكن له مال غيرهم فبلغ ذلك النبي ﷺ فدعاهم فجزأهم ثلاثة أجزاء ثم أفرع بينهم فاعتق اثنين وارق أربعة فأجاز العتق في ثلثه لغير أقاربه ولاها عطية تجازت لغير أقاربه كالعطية في الحياة

(مسئلة) (فأما من لا وارث له فتجوز وصيته بجميع ماله وعنه لا يجوز إلا الثلث)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن لم يخلف من ورثته عصبة ولا إذا فرض فروي عنه أن وصيته جائزة بكل ماله ثبت ذلك عن ابن مسعود وبه قال عبيدة السلماني ومسروق وإسحاق وأهل العراق والرواية الأخرى لا يجوز إلا الثلث وبه قال مالك والأوزاعي وابن شبرمة والشافعي والنعيري

(مسئلة) قال (ومن أوصى له وهو في الظاهر وارث فلم يمت الموصي حتى صار الموصى له غير وارث فالوصية له نابعة لان اعتبار الوصية بالموت)

لأنهم خلافاً بين أهل العلم في أن اعتبار الوصية بالموت فلو أوصى ثلاثة أخوة له متفرقين ولا ولد له ومات قبل أن يولد له ولد لم تصح الوصية لغير الأخ من الأب إلا بالأجازة من الورثة ، وإن ولد له ابن صححت الوصية لهم جميعاً من غير إجازة إذا لم تتعارض الوصية الثلث ، وإن ولدت له بنت جازت الوصية لأخيه من أبيه وأخيه من أمه فيكون لها ثلثا الموصى به بينهما نصفين ولا يجوز للأخ من الأبوين لانه وارث وبهذا يقول الشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأبي وغيرهم ولا نعلم عن غيرهم خلافهم ، ولو أوصى لهم وله ابن فمات ابنه قبل موته لم تجز الوصية لأخيه من أبيه ولا لأخيه من أمه وجازت لأخيه من أبيه ، فإن مات الأخ من الأبوين قبل موته لم تجز الوصية للأخ من الأب أيضاً لانه صار وارثاً

(فصل) ولو أوصى لامرأة أجنبية أو وصت له ثم تزوجها لم تجز وصيتهما إلا بالأجازة من الورثة وإن أوصى أحدهما للآخر ثم طلقها جازت الوصية لانه صار غير وارث إلا أنه أن طلقها في مرض موته فقياس المذهب أنها لا تعطى أكثر من ميراثها لانه يتهم في أنه طلقها ليوصل إليها ماله بالوصية فلم ينفذها ذلك كما لو طلقها في مرض موته أو وصى لها بأكثر مما كانت ترث

(فصل) وإن اعتق أمته في صحته ثم تزوجها في مرضه صح وورثته بغير خلاف نعلمه ، وإن

لان له من يقل عنه فلم تنفذ وصيته في أكثر من الثلث كما لو ترك وارثاً ولان المسلمين يرثونه وهو بيت المال .

ولنا ان المنع من الزيادة على الثلث إنما كان لتعلق حق الورثة به بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم «انك ان تدع ورثتك أغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس» وهما لا وراث له يتعلق حقه بماله فأشبه حال الصحة ولانه لم يتعلق بماله حق وارث ولا غريم أشبه حال الصحة والثلث

(فصل) وان خلف ذا فرض لا يرث جميع المال كبت أو أم لم تكن له الوصية بأكثر من الثلث لان سعداً قال للنبي صلى الله عليه وسلم لا يرثني إلا ابنة فتمنع النبي صلى الله عليه وسلم من الزيادة على الثلث ، ولانها تستحق جميع المال بالفرض والرد فأشبه العصة وان كان للميتة زوج أو كان للزجل امرأة فكذلك لان الوصية تنقص حقه لانه إنما يستحق فرضه بعد الوصية لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) وقيل تبطل في قدر فرضه من الثلثين فإذا كان للميتة زوج فله الثلث وإن كان للميت امرأة فلها السدس وهو ربع الباقي بعد الثلث والباقي للموصى له وهذا أولى إن شاء الله تعالى لان الثلث ليس للوارث فيه أمر إنما إجازته وردة في الثلثين ولم ينقص عليه منهما شيء فأما ذوي

أعتقها في مرضه ثم تزوجها وكانت تخرج من ثلثه فنقل المروذي عن أحمد أنه - اعتق وترث وهذا اختيار أصحابنا وهو قول أبي حنيفة لأنها امرأة نكاحها صحيح ولم يوجد في حقها مانع من موانع الارث وهي الرق والقتل واختلاف الدين فترث كما لو كان أعتقها في صحتها ، وقال "شاذلي تعق ولا ترث لأنها لو ورثت لكان اعتاقها وصية لو ارث فيؤدى توريثها الى اسقاط توريثها لان ذلك يقتضي ابطال اعتقها فيبطل نكاحها ثم يبطل ارثها فكان ابطال الارث وحده ونصحيح العتق والنكاح أولى (فصل) وإن أعتق أمة لا يملك غيرها ثم تزوجها فالنكاح صحيح في الظاهر ، فإن مات ولم يملك شيئاً آخر تبين أن نكاحها باطل ويسقط مهرها إن كان لم يدخل بها وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ويعتق منها ثلثها ويرق ثلثها فإن كان قد دخل بها ومهرها نصف قيمتها عتق منها ثلاثة أسباعا ويرق أربعة أسباعا . وحساب ذلك أن تقول عتق منها شيء . ولما بصداقها نصف شيء . ولورثة شيان فيجمع ذلك ويكون ثلاثة أشياء ونصف نسبتها فتكون سبعة لها منها ثلاثة ولهم أربعة ولا شيء . للميت شواها فنجعل لنفسها منها ثلاثة أسباعا يكون حراً والباقي لورثة ، وإن أحب الورثة أن يدفعوا اليها حصتها من مهرها وهو سباعاه وبعثق منها سباعاه واسترقوا خمسة أسباعا فانهم ذلك وهذاذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة بحسب مهرها من قيمتها ولها ثلث الباقي وتسعى فيما بقي وهو ثلث قيمتها ، فإن كان يملك من الجارية قدر نصف قيمتها ولم يدخل بها عتق منها نصفها لان نصفها هو ثلث المال ، وإن دخل بها عتق منها ثلاثة أسباعا ولها ثلاثة أسباعا مهرها وأنما قل العتق فيها لأنها لما أخذت ثلاثة أسباعا مهرها نقص المال فاعتق منها ثلث الباقي وهو ثلاثة أسباعا . وحسابها أن تقول عتق منها شيء . ولما بمهرها نصف شيء . ولورثة شيان يعدل ذلك الجارية

الارحام فظاهر كلام الحرقى أنه لا يمنع الوصية بجميع المال لانه قال ومن أوصى بجميع ماله ولا عصبه له ولا مولى فجاز ذلك لان ذا الرحم إرثه كالفضل والصلة ولذلك لا يصرف اليه شيء إلا عند عدم الرد والمولى ، ولا تجب نفقتهم في الصحيح ويحتل كلام شيخنا في الكتاب المشروح أنه لا تنفذ وصيته فيما زاد على الثلث لان له وارثاً فيدخل في معنى قوله عليه السلام «إنك إن تركت ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» ولانهم ورثة يستحقون ماله بعد موته فأشبهوا ذوي الفروض والعصباء وتقديم غيرهم عليهم لا يمنع مساواتهم لهم في مسئلتنا كذوي الفروض الذين يحجب بعضهم بعضاً (فصل) فإن خلف ذا فرض لا يرث المال كله بفرضه أو قال أوصيت لفلان بثنائي على أنه لا ينقص ذا الفرض شيئاً من فرضه أو خلف امرأة وقال أوصيت لك بما فضل من المال عن فرضها صح في المسئلة الاولى لان ذا الفرض يرث المال كله لولا الوصية فلا فرق في الوصية بين أن يجعلها من رأس المال أو يجعلها من الزائد على الفرض ، فأما المسئلة الثانية فتنبني على الوصية بجميع المال فإن قلنا تصح ثم صحت هنا لان الباقي عن فرض الزوجة مال لا وارث له فصحت الوصية به كما لو لم تكن زوجة وإن قلنا لا تصح ثم فهدنا مثله لان يدت المال جعل كالوارث فصار كأنه ذو ورثة يستغرقون

ونصف قيمتها فالشيء سباعا وسباعا نصف قيمتها وهو ثلاثة أسباعا فهو الذي عتق منها وتأخذ نصف ذلك من المال بمهرها وهو ثلاثة أسباعه . فان كان يملك معها مثل قيمتها ولم يدخل بها عتق ثلثاها ورق ثلثها وبطل نكاحها ، وان كان دخل بها عتق أربعة أسباعها ولها أربعة أسباع مهرها ويبقى للورثة ثلاثة أسباعا وخمسة أسباع قيمتها وذلك بعدل مثلي ما عتق منها . وحسابها أن نجعل السبعة الاشياء معادلة لها ولقيمتها فيعتق منها بقدر سبعي الجميع وهو أربعة أسباعا ونستحق سبع الجميع بمهرها وهو أربعة أسباع مهرها ، وان كان يملك معها مثلي قيمتها عتقت كلها وصح نكاحها لانها تخرج من الثلث ان أسقطت مهرها ، وان أبت أن نسقطه لم ينفذ عتقها ويبطل نكاحها فان كان لم يدخل بها فينبغي أن يبقى بعثتها ونكاحها ولا مهر لها لان الإجابة يفتي إلى إسقاطه واسقاط عتقها ونكاحها فإسقاطه وحده أولى ، وان كان قد دخل بها عملنا فيها على ما تقدم فيعتق ستة أسباعها ولها ستة أسباع مهرها ويبطل عتق سبعا ونكاحها ، ولو أعتقها ولم يتزوجها ووطنها كان العمل فيها في هذه المواضع كالو تزوجها وهذا مذهب الشافعي ، وذكر القاضي في مثل هذه المسئلة التي قبل الأخيرة ما يقتضي صحة عتقها ونكاحها مع وجوب مهرها فانه قال فيمن أعتق في مرضه أمة قيمتها مائة وأصدقها مائتين لامال له سواهما وهما مهر مثلها يصح العتق والصداق والنكاح لان المائتين سداق مثلها وتزوج المرض بمهر المثل صحيح نافذ . وهذا غير جيد فان ذلك يفتي إلى نفوذ العتق في المرض من جميع المثل ولا أعلم به قائلا ولو أنه اتلف المائتين أو أصدقها لامرأة أجنبية ومات ولم يخلف شيئا لبطل عتق ثلثي الامة فاذا أخذتهما هي كان أولى في بطلانه والصحيح ما ذكرنا إن شاء الله تعالى ، وقال أبو حنيفة فيما اذا ترك مثلي

المال إذا عين الوصية من نصيب العصابة منهم ، فعلى هذا يعطى الموصى له الثلث من رأس المال ويسقط تخصيصه .

﴿ مسألة ﴾ (ولا يجوز لمن له وارث بزيادة على الثلث لاجنبي ولا لوارثه بشيء إلا بإجازة الورثة)
وجملة ذلك أن الوصية لغير الوارث تلزم في الثلث من غير إجازة وما زاد على الثلث يقف على إجازة الورثة فان أجازوه جاز وان ردوه بطل في قول أكثر العلماء لقول النبي صلى الله عليه وسلم لسمد حين قال أوصي بالي كله ؟ قال « لا - الحديث الى أن قال - فبأكثر وأمثل كثير » وقوله عليه السلام « ان الله تصدق عليكم بثلاث أوالكم عند ممانكم » يدل على أنه لا شيء له في الزائد عليه وحديث عمران ابن حصين في الملوكين الستة الذين أعتقهم المريض ولم يكن له مال سواهم . فجزأهم النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثة أجزاء فأعتق اثنين وأرث أربعة وقال له قولا شديدا يدل على أنه لا يصح تصرفه فيما زاد على الثلث إذا لم تجز الورثة وتجوز بإجازتهم لان الحق لهم وقد قيل ان الوصية بما زاد على الثلث باطلة كما يذكر فيما اذا أوصى للوارث، وحكم الوصية للوارث كالحكم في الوصية لغيره بالزيادة على الثلث في أنها تبطل بالرد بغير خلاف بين العلماء ، قال ابن المنذر وابن عبد البر أجمع أهل العلم على هذا

قيمتها وكان مهرها نصف قيمتها تعلى مهرها وثلث الباقي بحسب ذلك من قيمتها وهو نصفها وثلثها فيعتق ذلك وتسمى في سدسها الباقي ويبطل نكاحها فلما ان خلف أربعة أمثل قيمتها صح عتقها ونكاحها وصدقاتها في قول الجهم لان ذلك يخرج من الثلث وترث من الباقي في قول أصحابنا وهو قول أبي حنيفة ، وقال الشافعي لا ترث وهو مقتضى قول الحرق لأنها لو ورثت لكان عتقها اوصية لو ارث واعتبار الوصية بالموت

(فصل) ولو أن امرأة مريضة أعتقت عبداً قيمته عشرة وتزوجها بعشرة في ذمته ثم ماتت وخلفت مائة اقتضى قول أصحابنا أن تضم العشرة التي في ذمته الى المائة فيكون ذلك هو التركة ويرث نصف ذلك ويبقى للورثة خمسة وخمسون وهذا مذهب أبي حنيفة وقول صاحباه تحسب عليه قيمته أيضاً وتضم الى التركة ويبقى للورثة ستون ، وقال الشافعي لا يرث شيئاً وعليه أداء العشرة التي في ذمته لئلا يكون اعتاقه رصية لو ارث وهذا مقتضى قول الحرق ان شاء الله تعالى

(فصل) ولو تزوج المريض امرأة صدق مثلها خمسة فأصـرها عشرة لا يـالك غيرها ثم مات وورثته بطلت المحاباة لأنها وصية لو ارث ولها صداقتها ورث الباقي بالميراث فان ماتت قبله صححت المحاباة ويدخلها الدور فيقول لها مهرها وهو خمسة وشيء بالمحاباة يبقى لورثة الزوج خمسة الاشياء ثم رجع اليهم نصف ما لها وهو ديناران ونصف شيء صار لهم سبعة ونصف الانصف شيء يعدل شيئين أجبر وقابل يمين أن الشيء ثلاثة فيكون لورثتها أربعة ولورثته ستة وان خلفت مع ذلك دينارين عادالى الزوج من ميراثها ثلاثة ونصف شيء فصار له ثمانية ونصف الانصف شيء أجبر وقابل يخرج الشيء ثلاثة وخمسين فصار لورثته ستة وأربعة أخماس ولورثتها خمسة وخمسة

وجاءت الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فروى أبو أمامة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «ان الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لو ارث» رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي ولان النبي صلى الله عليه وسلم منع من تفضيل بعض ولده عنى بعض في حال الصحة مع إمكان تلافي العدل بينهم باعطاء الذي لم يعطه فيما بعد ذلك لما فيه من إيقاع العداوة والحسد بينهم ففي حال موته وتعلق الحقوق به وتقدر تلافي العدل بينهم أولى وأحرى فان أجازها باقي الورثة جازت في قول الجمهور من أهل العلم وقال بعض أصحابنا الوصية باطلة وان أجازها الورثة إلا أن يعطوه عطية مبتدأه أخذاً من ظاهر قول أحمد رحمه الله في رواية حنبل لا وصية لو ارث وهذا قول المزني وأهل الظاهر وقول للشافعي واحتجوا بظاهر قول النبي صلى الله عليه وسلم «لا وصية لو ارث» وظاهر مذهب أحمد والشافعي ان الوصية صحيحة في نفسها لانه تصرف صدر من اهله في محله فصح كما لو وصى لاجنبي والخبر قد روي فيه «إلا أن يحيز الورثة» والاستثناء من النفي اثبات فيكون ذلك دليلاً (المغني والشرح الكبير) (٥٥) (الجزء السادس)

(فصل) وإذا أوصى بجارية لزوجها الحر قبلها انفسخ النكاح لان النكاح لا يجتمع مع ملك العبد وظاهر المذهب أن الموصى له إنما يملك بالقبول فينشد بنفسه النكاح ، وفيه وجه آخر أنه إذا قبل تبين أن الملك كان ثابتاً من حين موت الموصي فتبين حينئذ أن النكاح انفسخ من حين موت الموصي ، وإن أنت برئت لم تخل من ثلاثة أحوال (أحدها) أن تكون حاملاً به حين الوصية ويعلم ذلك بأن تأتي به لافل من سنة أشهر منذ أوصى ، فالصحيح أنه يكون موصى له معها لان الحمل حكماً ، ولهذا تصح الوصية به ، وإذا صحت الوصية به منفرداً صحت الوصية به مع أمه فيصير كالوكان منفصلاً لأوصى بهما جميعاً وفيه وجه آخر لاحكم للحمل فلا يدخل في الوصية وإنما ثبت له الحكم عند انفصاله كأنه حدث حينئذ فعلى هذا ان انفصل في حياة الموصي فهو له كسائر كسبها ، وإن انفصل بعد موته وقبل القبول فهو لورثة على ظاهر المذهب وإن انفصل بعده فهو للموصى له

(الحال الثاني) أن تحمل به بعد الوصية في حياة الموصي ويعلم ذلك بأن تضعه بعد ستة أشهر من حين أوصى لانها ولدته لمدة الحمل بعد الوصية فيحتمل أنها حملته بعدها فلم يتناولها والاصل عدم الحل حال الوصية فلا يثبت بالشك فيكون مملوكاً للموصي ان ولدته في حياته وإن ولدته بعده وقبلما للحمل حكم فكذلك وإن قلنا لاحكم له فهو لورثة إن ولدته قبل القبول ولا يثبت إن وضعته بعده وكل موضع كان الرلد للموصى له فإنه يعتق عليه لانه ابنه وعليه ولا ، لا يثبت لانه عتق عليه بالقرابة وأمه أمة بنفسه فكأحداً بالملك ولا نصير أم ولد لانها لم تعلق منه بحر في ملكه

على صحة الوصية عند الاجازة ولو خلا من الاستثناء جاز أن يكون منسأ لوصية نافذة أو لازمة أو ما أشبه هذا أو يقدر فيه لا وصية لو ارث عند عدم الاجازة من غيره من الورثة ، وفائدة الخلاف ان الوصية إذا كانت صحيحة فاجازة الورثة تنفيذ واجازة محضة يكفي فيها قول الوارث أجزت وإن كانت باطلة كانت الاجازة هبة مبتدأة وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى

(فصل) وإن أسقط عن وارثه ديناً أو وصى بقضاء دينه أو أسقطت المرأة صداقها عن زوجها أو عفى عن جناية موجبه المال فهي كالوصية له وإن عفى عن القصاص وقتلنا الواجب القصاص عيناً سقط إلى غير بدل وإن قلنا الواجب أحد شيئين سقط القصاص ووجب المال وإن عفى عن حد القذف سقط مطلقاً ، وإن وصى لترحم وارثه صحت الوصية وكذلك ان وهب له وبهذا قال الشافعي وأبو حنيفة وقال أبو يوسف هي وصية الوارث لان الوارث ينتفع بهذه الوصية ويستوفي دينه منها

ولنا أنه وصى لاجنبي فصح كما لو وصى لمن عادته الاحسان الى وارثه ، وإن وصى لولد وارثه صح فإن كان يقصد بذلك نفق الوارث لم يجز فيما بينه وبين الله تعالى قال طائفة في قوله تعالى فمن خاف من موص جناً أو لئماً قال أن يوصي لولد ابنته وهو يريد ابنته رواء سعيد وقال ابن عباس الجنف في الوصية والاضرار فيها من الكبائر

(الحال الثالث) أن تحمل بعد موت الموصي وقبل القبول ويعلم ذلك بأن تضعه لأكثر من ستة أشهر من حين الموت فإن وضعته قبل القبول أيضاً فهو للوارث في ظاهر المذهب لأن الملك إنما ثبت للموصي له بعد القبول وعلى الوجه الآخر يكون للموصي له وإن وضعته بعد القبول فكذلك لأن الظاهر أن الحمل حكماً فيكون حادثاً عن ملك الوارث وعلى الوجه الآخر يكون للموصي له فعلى هذا يكون حراً لا ولاء عليه لأنها أم ولد لكونها علفت منه بحر في ملكه فتصير كما لو حملت به بعد القبول ومذهب الشافعي في هذا الفصل قريب مما قلناه ، وقال أبو حنيفة إذا وضعته بعد موت الموصي دخل في الوصية بكل حال لأنها تستقر بالموت وتلزم فوجب أن تسري إلى الولد كالأستيلاد

ولنا أنها زيادة منفصلة حادثة بعد عقد الوصية فلا تدخل فيها كالكسب وإذا أوصى بعق جارية فولدت ، وتنفارق الاستيلاد لأن له تغليبا وسراية وهذا التفريع فيما إذا خرجت الجارية من الثلث وإن لم يخرج من الثلث ملك منها بقدر الثلث وانفسخ النكاح لأن ملك بعضها يفسخ النكاح كملك جميعها وكل موضع يكون الولد فيه لابنه فإنه يكون له منه ههنا بقدر ممالك من أمه ويسري العتق إلى باقيه إن كان موسراً وإن كان معسراً فقد عتق منه ممالك وحده وكل موضع قلنا نكون أم ولد فإنها تصير أم ولد ههنا سواء كان موسراً أو معسراً على قول الحنفي كما إذا استولد الأمة المشتركة ، قال القاضي نصير منها أم ولد بقدر ممالك منها وهذا مذهب الشافعي والله أعلم

﴿مسئلة﴾ قال (فإن مات الموصى له قبل موت الموصي بطلت الوصية)

هذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال الزهري وحامد بن أبي سليمان

﴿مسئلة﴾ (فإن وصى لكل وارث بمعين قدر نصيبه كرجل خلف ابناً وبناتاً وعبداً قيمته مائة وأمة قيمتها خمسون فوصى للابن بالعبد وللبنات بالأمة صححت الوصية في أحد الوجهين) لأن حق الوارث في القدر لا في العين بدليل ما لو عاوض المريض بعض ورثته أو أجنبياً بجميع ماله فإنه يصح إذا كان بمن المثل وإن تضمن فوات عين المال (والثاني) يقف على إجازة الورثة لأن في الأعيان غرضاً صحيحاً فكما لا يجوز إبطال حق الوارث من قدر حقه لا يجوز من عينه

﴿مسئلة﴾ (وإن لم يقف الثلث بالوصايا تحاصوا فيه وأدخل النقص على كل واحد بقدر وصيته

وعنه يقدم العتق)

إذا خلت الوصايا من العتق وتجاوزت الثلث فرد الورثة الزيادة فإن الثلث يقسم بين الموصي لهم على قدر وصاياهم ويدخل النقص على كل واحد منهم بقدر ماله في الوصية كسائل المول إذا زادت افروض عن المال فلو وصى لرجل بثلث ماله ولآخر بمائة ولا آخر بمائة وخمسين فمئة وخمسون ووصى بفداء أسير بثلاثين ولعمارة مسجد بششرين وثلث ماله مائة جمعت الوصايا كلها فبلغت ثلاثمائة ونسبت منها الثلث فكان

وربيمة ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال الحسن تكون لولد الموصى له ، وقال عطاء إذا علم الموصى بموت الموصى له ولم يحدث فيما أوصى به شيئا فهو لوارث الموصى له لانه مات قبل عقد الوصية فيقوم الوارث مقامه كما لو مات بعد موت الموصى وقبل القبول ولنا أنها عطية صادفت المعطي ميتا فلم تصح كما لو وهب ميتا وذلك لأن الوصية عطية بعد الموت وإذا مات قبل القبول بطلت الوصية أيضا ، وإن سلمنا صحتها فإن العطية صادفت حيا بخلاف ما مثلنا (فصل) ولا تصح الوصية لميت وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك إن علم أنه ميت فهي جائزة وهي لورثته بعد قضا ديونه وتفيذه وصاياه لأن الغرض نفعه بها وبهذا يحصل له النفع فأشبهه مالهو كان حيا

ولنا أنه أوصى لمن لا تصح الوصية له إذا لم يعلم حاله فلم تصح إذا علم حاله كالربيمة وفارق المحي فان الوصية تصح له في الحيايين ، ولأنه عقد يقتدر إلى القبول فلم يصح للميت كالميتة . إذا ثبت هذا فإذا أوصى بثلث أو بمائة لاثنين حي وميت فلاحي نصف الوصية سواء علم موت الميت أو جهله وهذا قول أبي حنيفة وإسحاق والبصريين . وقال الثوري وأبو يوسف ومحمد : إذا قل هذه المائة لفلان وفلان فهي للحي .هما ، وإن قال بين فلان وفلان فراقنا الثوري في أن نصفها للحي وعن الشافعي كالْمذهبين ، وقال أبو الخطاب عندي أنه إذا علمه ميتا فالجميع للحي ، وإن لم يعلمه بيتا فلاحي النصف . وقد قل عن أحمد ما يدل على هذا القول فإنه قبل في رواية ابن القاسم إذا أوصى لفلان وفلان بمائة فبان أحدهما ميتا فلاحي خمسون فليل له أليس إذا قال ثلثي لفلان وللحائط أن الثلث كله لفلان ؟ فقال وأي شيء يشبه هذا الحائط له ملك ؟ فعلى هذا إذا شرك بين من تصح الوصية له ومن لا تصح مثل أن يوصي

ثلاثا فيعطى كل واحد منهم ثلث وصيته فلصاحب الثلث ثلث المائة وكذلك صاحب المائة ولصاحب الخمسين سدسها ولقداء الأسير عشرة ولعمارة المسجد ستة وثلثان وإن كان فيها عتق ففيها روايتان (أحدهما) أن الثلث يقسم بين الوصايا واعتق كما لو لم يكن فيها عتق وهذا قول ابن سيرين والشافعي وأبي ثور لأنهم تساوا في سبب الاستحقاق فتساوا فيه كسائر الوصايا (والرواية الثانية) يقدم العتق وما فضل منه يقسم بين سائر الوصايا على قدر وصاياهم روي ذلك عن عمرو بن دينار قال شريح وسروق وعطاء الخراساني رقتادة والزهرري ومالك والثوري وإسحاق لأن فيه حقا لله وللأدعي فكان آكد ولأنه لا يباحقه فسخ ويباحق غيره . ولأنه أقوى بدليل سرايته ونفوذه من الراهن والمفلس وروي عن الحسن والشافعي كالروايتين

(فصل) والعطايا المعلقة بالموت كقولها إذا مات فاعطوا فلانا كذا أو اعتقوا فلانا بنحوه وصايا حكمها غيرها من الوصايا في مقدمتها ومؤخرها والخلاف في تقديم العتق ، لأنها تلزم بالموت فتساوى كلها .

لفلان ولهالك وللحائط أول فلان الميت فالمرضى به كله لمن نصح الوصية له إذا كان عالماً بالحال لأنه إذا اشرك بينهم في هذا الحال علم أنه قصد بالوصية كلها من نصح الوصية له، وإن لم يعلم الحال فلن نصح الوصية له نصفها لأنه قصد بإصال نصفها إليه وإلى الآخر النصف الآخر ظناً منه أن الوصية له صحيحة، فإذا بطلت الوصية في حق أحدهما صححت في حق الآخر بقسطه كتزريق النصفقة، ووجه القول الأول أنه جعل الوصية لاثنتين فلم يستحق أحدهما جميعها كما لو كانا ممن نصح الوصية لهما فمات أحدهما، أو كما لو لم يعلم الحال، فأما أن وصى لاثنتين حين فمات أحدهما فلآخر نصف الوصية لأنه لم يعلم في هذا خلافاً، وكذلك لو بطلت الوصية في حق أحدهما لرد لها أو لخروجه عن أن يكون من أهلها ولو قال أوصيت لكل واحد من فلان وفلان بنصف الثلث أو بنصف المائة أو بخمسين لم يستحق أحدهما أكثر من نصف الوصية سواء شريكه حياً أو ميتاً لأنه عين وصيته في النصف فلم يكن له حق فيما سواه

(مسئلة) قال (وإن رد الموصي له الوصية بعد موت الموصي بطلت الوصية)

لا يخلو إذا رد الوصية من أربعة أحوال (أحدها) أن يردّها قبل موت الموصي فلا يصح الرد ههنا لأن الوصية لم تقع بعد فأشبه رد المبيع قبل إيجاب البيع ولأنه ليس بمحل لقبول فلا يكون محلاً للرد كما قبل الوصية (والثانية) أن يردّها بعد الموت وقبل القبول فيصح الرد وتبطل الوصية لأنه لم يقبله خلافاً لأنه أسقط حقه في حال يملك قبوله وأخذ فاشبهه عفو الشفيع عن الشفعة بعد البيع (الثالثة) أن يرد بعد القبول والقبض فلا يصح الرد لأن ملكه قد استقر عليه فأشبهه رده لساير ملكه إلا أن يرضى الورثة

(فصل) إذا أوصى بعتق عبده لزم الوارث اعتاقه وبجبره الحاكم عليه إن أبى لأنه حق واجب عليه فأجبر عليه كتنفيذ الوصية بالعطية وإن أعتقه الوارث أو الحاكم فهو حر من حين أعتقه لأنه حينئذ عتق وولأؤه للموصي لأنه السبب وهؤلاء نواب عنه ولهذا لزمهم إعتاقه فإن كانت الوصية بعتقه إلى غير الوارث كان الاعتاق إليه لأنه نائب الموصي في اعتاقه فلم يملك ذلك غيره إذا لم يتمم كالوكيل في الحياة :

(مسئلة) (وإن أجاز الورثة الوصية جازت)

لأن الحق لهم وإن ردوها بطلت بغير خلاف لأن الحق لهم فجاز بإجازتهم وبطل بردهم وإجازتهم تنفيذ في الصحيح من المذاهب لأن ظاهر المذهب أن الوصية للوارث وللأجنبي بالزيادة على الثلث صحيحة موقوفة على إجازة الورثة فعلى هذا تكون إجازتهم تنفيذاً وإجازة محضة يكفي فيها قول الوارث أجزت أو أمضيت أو نفذت فإذا قال ذلك لزم الوصية ولا خلاف في تسميتها إجازة فعلى هذا لا تقتصر إلى شروط الهبة ولا تثبت فيها أحكام الهبة لأنها ليست هبة وقال بعض أصحابنا الوصية باطلة فعلى هذا تكون هبة تقتصر إلى شروط الهبة وتثبت فيها أحكامها فلو كان المحيزراً بالمجاز له لم يكن له الرجوع

بذلك فتكون هبة منا لم تنقتر الى شروط الهبة (الرابعة) أن يرد بعد القبول وقبل القبض فينظر فان كان الموصى به مكايلاً أو موزوناً صح الرد لانه لا يستقر ملكه عليه قبل قبضة فأشبهه رده قبل القبول وإن كان غير ذلك لم يصح الرد لان ملكه قد استقر عليه فهو كالتقبض ، ويحتمل أن يصح الرد بناء على أن القبض معتبر فيه ولاصحاب الشافعي في هذه الحال وجهان (أحدهما) يصح الرد في الجميع ولا فرق بين المكيل والموزون وغيرهما وهذا المنصوص عن الشافعي لانهم لما ملكوا الرد من غير قبول ملكوا الرد من غير قبض ولان ملك الوصي لم يستقر عليه قبل القبض فصح رده كما قبل القبول (والثاني) لا يصح الرد لان الملك يحصل بالقبول من غير قبض .

(فصل) وكل موضع صح الرد فيه فان الوصية تبطل بالرد وترجع الى التركة فتكون للوراث جميعهم لان الاصل ثبوت الحكم لهم وانما خرج بالوصية فاذا بطلت الوصية رجع الى ما كان عليه كأن الوصية لم توجد ولو عين بالرد واحداً وقصد تخصيصه بالمردود لم يكن له ذلك وكان لجميعهم لان رده امتناع من تملكه فيبقى على ما كان عليه ولانه لم يملك دفعه الى أجنبي فلم يملك دفعه الى وارث يخصه به وكل موضع امتنع الرد لاستقرار ملكه عليه فلا بد أن يخص به واحداً من الورثة لانه ابتداء هبة ويملك أن يدفعه الى أجنبي فملك دفعه الى وارث فلو قال رددت هذه الوصية لفلان قبل له ما أردت بقوله لفلان؟ فان أردت تملكه إياها وتخصيصه بها قبلها اختص بها وأن قال أردت ردها الى جميعهم ليرضي فلان عادت الى جميعهم إذا قبلوها فان قبلها بعضهم دون بعض فلن قبل حصته منها .

(فصل) ويحصل الرد بقوله رددت الوصية وقوله لا أقبلها وما أدى هذا المعنى قل أحد إذا قال

فيه اذا قلنا إنها إجازة مجردة وان قلنا هي هبة مبتدأة فله الرجوع ولو أعتق عبداً لا مال له سواء في مرضه أو وصى بعتقه فأعتقوه بوصيته نفذ العتق في ثلثه ووقف عتق باقيه على إجازة الورثة فان أجازوه عتق جميعه واختص عصبات الميت بولائه كله على قولنا بصحة اعتاقه ووصيته . وكذلك لو تبرع بثلث ماله في مرضه ثم أعتق أو وصى بالاعتاق فالحكم فيه على ما ذكرنا وان قلنا الوصية باطلة والاجازة عطية مبتدأة اختص عصبات الميت بثلث ولائه وكان ثلثه لجميع الورثة بينهم على قدر ميراثهم لانهم باشروه بالاعتاق ولو تزوج رجل ابنة عمه فاوصت له بوصية أو أعطته في مرض موتها ثم ماتت وخافته وأباه فأجاز أبوه وصيته وعطيته ثم أراد الرجوع فليس له ذلك ان قلنا هي تنفيذ وله الرجوع ان قلنا هي هبة مبتدأة ولو وقف في مرضه على ورثته فأجازوا الوقف صح ان قلنا اجازتهم تنفيذ وان قلنا هي عطية مبتدأة أنبنى على صحة وقف الانسان على نفسه على ما ذكر من الخلاف فيه

(نصل) ولا فرق في الوصية بين المرض والصحة وقد روى حنبل عن أحمد أنه قال ان وصى في المرض فهو من الثلث وان كان صحيحاً فله أن يوصي بما شاء قال القاضي يريد بذلك العطية أما الوصية فهي عطية بعد الموت فلا يجوز منها الا الثلث على كل حال

أوصيت لرجل بألف فقال لأقيلها فهي لورثته يعني لورثة الموصي

(مسئلة) قال (فان مات قبل أن يقبل أو يرد قام وارثه في ذلك مقامه إذا كان موته بعد موت الموصي)

اختلف أصحابنا فيما اذا مات الموصى له قبل القبول والرد بعد موت الموصي، فذهب الحنفي الى أن وارثه يقوم مقامه في القبول والرد لأنه حق ثبت الموروث فثبت للوارث بعد موته لقوله عليه السلام « من ترك حقه فلورثته » وكذا خيار الرد بالعيب وذهب أبو عبد الله بن حامد الى أن الوصية تبطل لأنه عقد يفترق الى القبول، فإذا مات من له القبول قبله بطل العقد كالمدة قال القاضي هو قياس المذهب لأنه خيار لا يعتاض عنه فبطل بالموت كخيار المجلس والشرط وخيار الاخذ بالشفعة، وقال أصحاب الرأي تانم الوصية في حق الوارث وتدخل في ملكه حكما بغير قبول لان الوصية قد لزم من جهة الموصي وانما الخيار للموصى له وإذا مات بطل خياره ودخل في ملكه كما لو اشترى شيئا على أن الخيار له فمات قبل اقتضائه .

ولنا على أن الوصية لا تبطل بموت الموصى له أنها عقد لازم من أحد الطرفين فلم تبطل بموت من له الخيار كعقد الرهن والبيع إذا شرط فيه الخيار لاحدهما، ولأنه عقد لا يبطل بموت الموجب له فلا يبطل بموت الآخر كذلكي ذكرناه، ويفارق المدة والبيع قبل القبول من الوجهين الذين ذكرناهما وهو أنه جائز من الطرفين ويبطل بموت الموجب له ولا يصح قياسه على الخيارات لأنه لم يبطل الخيار ويلزم العقد فنظيره في مسألتنا قول أصحاب الرأي

(مسئلة) (ومن أوصى له وهو في الظاهر وارث فصار عند الموت غير وارث وصحت الوصية، وإن أوصى له وهو غير وارث فصار عند الموت وارثاً بطلت لان اعتبار الوصية بالموت)

لا نعلم خلافا بين أهل العلم في أن اعتبار الوصية بالموت، فلو وصى لثلاثة أخوة له مفترقين ولا ولد له ومات ولم يولد لم تصح الوصية لغير الاخ من الاب الا بإجازة الورثة، وإن ولد له ابن وصحت الوصية للجميع من غير إجازة اذا لم تتجاوز الثلث، وإن ولد له بنت جازت الوصية لغير الاخ من الابوين فيكون لهما ثلثا الموصى به بينهما، ولا يجوز للاخ من الابوين لأنه وارث، وبهذا يقول الشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي، ولا نعلم عن غيرهم خلاف ذلك ولو وصى لهم وله ابن فمات ابنه قبل موته لم تجز الوصية لأخيه من أبويه ولا لأخيه من أمه وجازت لأخيه من أبيه، وإن مات الاخ من الابوين قبل موته لم تجز الوصية للاخ من الاب أيضاً لأنه صار وارثاً (فصل) ولو وصى لامرأة أجنبية وأوصت له ثم تزوجها لم تجز وصيتها الا بإجازة الورثة وإن أوصى أحدهما للآخر ثم طلقها جازت الوصية لأنه صار غير وارث الا أنه ان طلقها في مرض موته

وانسا على إبطال قولهم انه عقد يفتر الى قبول التملك فلم يلزم قبل القبول كالباع والهبة . إذا ثبت هذا فإن الوارث يقوم مقام الموصي له في القبول والرد لأن كل حق مات عنه المستحق فلم يبطل بالموت قام الوارث فيه مقامه . فعلى هذا إن رد الوارث الوصية بطلت وإن قبلها صحت وثبت الملك بها وإن كان الوارث جماعة اعتبر القبول أو الرد من جميعهم ، فإن رد بعضهم وقبل بعض ثبت للقبائل حصته وبطلت الوصية في حق من رد . فإن كان فيهم من ليس من أهل التصرف قام واية مقامه في القبول والرد وليس له أن يفعل إلا ما للمولى عليه الحظ فيه فإن فعل غيره لم يصح وإذا كان الحظ في قبولها فردها لم يصح رده وكان له قبولها بعد ذلك ، وإن كان الحظ في ردها فقبولها لم يصح قبوله لأن المولى لا يملك التصرف في حق المولى عليه بغير ماله الحظ فيه ، فلو أوصى لصبي بذي رحم له يعتق بملكه له وكان على الصبي ضرر في ذلك بأن تلزمه نفقة الموصي به لكونه فقيراً لا كسب له والمولى عليه موصر لم يكن له قبول الوصية وإن لم يكن عليه ضرر لكون الموصي به ذا كسب أو كون المولى عاياه فقيراً لا تلزمه نفقته تعين قبول الوصية لأن في ذلك نفعا للمولى عليه لم تقربته وتخبره من غير ضرر يعود عليه فتعين ذلك والله أعلم

(فصل) ولا يملك الموصي له الوصية إلا بالقبول في قول جمهور الفقهاء . إذا كانت لمعين يمكن القبول منه لأنها تملك ما لمن هو من أهل ذلك متعين فاعتبر قبوله كالمدة والبيع ، قال أحمد : الهبة والوصية واحد ، فأما إن كانت لغير معين كالفقراء والمساكين ومن لا يملك حصرهم كبنين هاشم وتيم

فقياس المذهب أنها لا تعطى أكثر من ميراثها لأنه يتهم أنه طلقها ليوصل إليها ماله بالوصية فلم ينفذها ذلك كما لو طلقها في مرض موته وأوصى لها بأكثر من ميراثها

﴿مسألة﴾ (ولا تصح إجازتهم وردهم الا بعد موت الموصي وما قبل ذلك لا عبرة به)

فلو أجازوا قبل ذلك ثم ردوا أو اذنوا لمورثهم بالوصية في حياته بجميع المال أو بالوصية لبعض الورثة ثم بداهم فردوا بعد وفاته فلم يرد سواء كانت الإجازة في صحة الموصي أو مرضه نص عليه أحمد في رواية أبي طالب وروى ذلك عن ابن مسعود وهو قول شريح وطاوس والحكم والثوري والحسن ابن صالح والشافعي وأبي ثور وابن المنذر وأبي حنيفة وأصحابه وقال الحسن وعطاء وحاد بن أبي سليمان وعبد الملك بن يعلى والزهرى وربيعة والأوزاعي وابن أبي ليلى ذلك جائز عليهم لأن الحق للورثة فإذا رضوا بركة سقط حقهم كالمورثي المشتري بالعب وقال مالك إن اذنوا له في صحته فلم ير جمعوا وإن كان ذلك في مرضه وحين يحجب عن ماله فكذلك جائز عليهم

ولنا أنهم اسقطوا حقوقهم فيها لم يملكوه فلم يلزمهم كالمرأة إذا اصدقت صداقها قبل النكاح أو أسقط الشفيع حقه من الشفعة قبل البيع ولأنها حالة لا يصح فيها رد الموصية فلم تصح فيها إجازتهم كما قبل الوصية .

أو على مصلحة كسجد أو حج لم يفتقر إلى قبول وتزمت بمجرد الموت لان اعتبار القبول من جميعهم متعذر فيسقط اعتباره كالوقوف عليهم ولا يضمن واحد منهم فيكتفى بقبوله ، ولذلك لو كان فيهم ذو رحم من الموصي به مثل أن يوصي بعبد لاقرأ وأبوه فقير لم يمتنع عليه ولان الملك لا يثبت للموصي لهم بدليل ما ذكرنا من المسئلة وانما ثبت لكل واحد منهم بالتبض فيقوم قبضه مقام قبوله ، أما الآدمي المعين فيثبت له الملك فيعتبر قبوله لكن لا يضمن القبول باللفظ بل يجزي مقامه من الاخذ والفعل الدال على الرضا كقولنا في الهبة والبيع ، ويجوز القبول على الفور والتراخي ولا يكرن الا بعد موت الموصي لانه قبل ذلك لم يثبت له حق ولذلك لم يصح رده فاذا قبل ثبت الملك له من حين القبول في الصحيح من المذهب وهو قول مالك وأهل العراق وروي عن الشافعي

وذكر أبو الخطاب في المسئلة وجها آخر انه اذا قبل تبينا ان الملك يثبت حين موت الموصي وهو ظاهر مذهب الشافعي لان ما رجب انتقاله بالقبول وجب انتقاله من جهة الموجب عند الإيجاب كالهبة والبيع ولانه لا يجوز أن يثبت الملك فيه لوارث لان الله تعالى قال (من بعد وصية يوصي بها أو دين) ولان الارث بعد الوصية ولا يبقى للميت لانه صار جهاداً لا يملك شيئاً ، وللشافعي قول ثالث غير مشهور : ان الوصية تملك بالموت ويحكم بذلك قبل القبول لما ذكرنا

ولنا انه تملك عين المعين يفتقر الى القبول فلم يسبق الملك القبول كسائر العقود ولان القبول من تمام السبب والحكم لا يتقدم سببه ولان التملك لا يخلو من ان يكون شرطاً أو جزءاً من السبب والحكم لا يتقدم سببه ولا شرطه ، ولان الملك في الماضي لا يجوز تعليقه بشرط مستقبل ، فان قيل : فلو قال لامرأته أنت طالق قبل موتي بشهر ثم مات تبين وقوع الطلاق قبل موته بشهر ، قلنا ليس هذا شرطاً في وقوع الطلاق ، وانما تبين به الرقت الذي يقع فيه الطلاق ، ولو قال : اذا مت نأنت طالق قبله بشهر لم يصح ،

﴿مسئلة﴾ (ومن اجاز الوصية ثم قال انما اجزت لاني ظننت المال قليلا فالتقول قوله مع يمينه

وله الرجوع بما زاد على ما ظنه في اظهر الوجهين الا ان تقوم به بينة)

وجملة ذلك انه إذا وصى بزيادة على الثلث فأجاز الوارث الوصية ثم قال انما اجزتها ظناً ان المال قليل فبان كثيراً فان كانت للموصي به بينة تشهد باعترافه بقدر المال او كان المال ظاهراً لا يخفى عليه لم يقبل قوله اذا قلنا الاجازة تنفيذ فان قلنا هي هبة مبتدأة فله الرجوع فيما يجوز الرجوع في الهبة في مثله وان لم تشهد بينة باعترافه ولم يكن المال ظاهراً فالتقول قوله مع يمينه لان الاجازة تنزل منزلة الإبراء فلا تصح في الجهول فالتقول قوله في الجهل به مع يمينه لان الاصل عدم العلم فاذا وصى بنصف ماله فأجازه الوارث وكان المال ستة آلاف فقال ظننته ثلاثة آلاف فله الرجوع بخمسائة لانه رضي باجازة الوصية على أن الزائد على الثلث خمسمائة فسكانت ألفاً فيرجع بخمسمائة فيحصل للموصي له الفان وخمسمائة

وأما انتقاله من جهة الموجب في سائر العقود فإنه لا ينتقل إلا بعد القبول فهو كسئلتنا غير أن ما بين الإيجاب والقبول ثم لا يظهر له أثر بخلاف سئلتنا . قولهم : ان الملك لا يثبت للوارث ممنوع ، فان الملك ينتقل الى الوارث بحكم الاصل إلا أن يمنع منه مانع ، وقول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) فلما المراد به وصية مقبولة بذيل انه لو لم يقبل لكان ملكا للوارث وقبل قبولها فليست مقبولة ويحتمل ان يكون المراد بقوله (فلكم الربع من بعد وصية) اي لكم ذلك مستقر فلا يمنع هذا ثبوت الملك غير مستقر ولهذا لا يمنع الدين ثبوت الملك في التركة وهو أكد من الوصية وان سلمنا ان الملك لا يثبت للوارث فإنه يبقى ملكا لميت كما اذا كان عليه دين وقولهم لا يبقى له ملك ممنوع فإنه يبقى ملكه فيما يحتاج اليه من مؤنة تجهيزه ودفعه وقضاء ديونه ويجوز ان يتجدد له ملك في ديونه اذا قبل وفيما اذا نصب شبكة فوق وقع فيها صيد بعد موته بحيث تقضى ديونه وتنفذ وصاياه ويجوز ان كان قتل تجهيزه فهذا يبقى على ملكه انعذر انتقاله الى الوارث من أجل الوصية وامتناع انتقاله الى الوصي قبل تمام السبب فان رد الموصى له او قبل انتقاله حينئذ فان قلنا بالاول وأنه ينتقل الى الوارث فإنه يثبت له الملك على وجه لا يفيد اباحة التصرف كثبوته في العين المرهونة فلو باع الموصى به او رهنه او اعتقه او تصرف غير ذلك لم ينفذ شي من تصرفاته ولو كان الوارث ابنا للموصى به مثل ان تلك امرأة زوجها الذي لها منه ابن فتوصي به لاجنبي فاذا ماتت انتقل الملك فيه الى ابنه الى حين القبول ولا يعتق عليه والله اعلم

وفيه وجه آخر أنه لا يقبل قوله لانه أجاز عقداً له الخيار في فسخه فبطل خياره كما لو أجاز البيع من له الخيار في فسخه بسبب أو خيار أو أقر بدين ثم قال غنط

(مسئلة) (وان كان الحجاز عيناً أو فرساً يزيد على الثالث فأجاز الوصية بها ثم قال ظننت باقي المال كثيراً نخرج الوصية من ثلثه فبان قليلاً أو ظهر عليه دين لم اعلمه تبطل الوصية) لان العبد معلوم لاجهالة فيه ، وفيه وجه آخر انه يملك الفسخ لانه قد يسمح بذلك ظناً منه ان يبقى له من المال ما يكفيه فاذا بان خلاف ذلك لحقه الضرر في الاجازة فذلك الرجوع كالمسئلة التي قبلها

(فصل) ولا تصح الاجازة إلا من جائز التصرف ولا تصح من الصبي والمجنون والمحجور عليه لفسقه لأنها تبرع بالمال فلم تصح منهم كالمطبة ، فأما المحجور عليه لفاس فتصح منه ان قلنا هي تنفيذ وإن قلنا هي هبة لم تصح منه لانه ليس له هبة ماله

(مسئلة) (ولا يثبت الملك للموصى له إلا بالقبول بعد الموت فأما رده وقبوله قبل ذلك فلا عبرة به) يشترط لثبوت الملك للموصى له شرطان (احدهما) القبول إذا كانت لمعين يمكن القبول منه في قول جمهور الفقهاء لأنها تملك مال لمن هو من اهل الملك متعين فاعتبر قبوله كالمطبة والبيع قال احمد الهبة

(فصل فيما يختلف من الفروع باختلاف المذهبين)

(من ذلك) أنه إذا حدث للموصي به نساء منفصل بعد موت الموصي وقبل القبول كالثمرة والتاج والكسب فهو لورثة وعلى الرجة الآخر يكون للموصي له ولو أوصى بآلة لزوجها فأولدها بعد موت الموصي وقبل القبول فولده رقيق للوارث وعلى الوجه الآخر يكون حر الأصل ولأولادها، وأما أم ولداتها علفت منه بحر في ملكه وإن مات الموصي له قبل القبول والبريد فلوارثته قبلها فإن قبلها ملك الجارية وولدها وإن كان بمن يعتق الولد عليه عتق ولم يرث من ابنه شيئاً وعلى الوجه الآخر تكون الجارية أم ولد ويرث الولد أباه فإن كان يحجب الوارث القابل حجبه، وقد أكثر أصحاب الشافعي لا يرث الولد ههنا شيئاً لأن توريثه يمنع كون القابل وارثاً فيبطل قبوله فيفضي إلى الدور وإلى إبطال ميراثه فأشبهه ما لواقع الوارث بمن يحجبه عن الميراث وقد ذكرنا في الإقرار ما بدفع هذا وإن المقربة يرث فكذلك ههنا ويعتبر قبول من هو وارث في حال اعتبار القبول كما يعتبر في الإقرار إقرار من هو وارث حال الإقرار والله أعلم

(ومن ذلك) لو أوصى لرجل بآية فمات الموصي له قبل القبول وقبل ابنه صح وعتق عليه المبد ولم يرث من ابنه شيئاً لأن حرثته إنما حدثت حين القبول بعد أن صار الميراث لغيره وعلى الوجه الآخر ثبتت حرثته من حين موت الموصي ويرث من ابنه السدس، وقال بعض أصحاب الشافعي لا يرث أيضاً لأنه لو ورث لا اعتبر قبوله ولا يجوز اعتبار قبوله قبل الحكم بحرثته وإذا لم يحز اعتباره لم يعتق

والوصية واحد فإن كانت لغير معين كالفقراء والمساكين أو لمن لا يمكن حصرهم كبنين أعمى مصلحة كسجدة أو حج لم يفتر إلى قبول ولزمت بمجرد الموت لأن اعتبار القبول من جميعهم متعذر فسقط اعتباره كالوقف عليهم ولا يتعين واحد منهم فيكتفى بقبوله ولذلك لو كان منهم ذو رحم من الموصي به مثل أن يوصي بعبد للفقراء وأبوه فقير لم يعتق عليه ولأن الملك لا يثبت للموصي لهم بدليل ما ذكرنا من المسئلة وإنما يثبت لكل واحد منهم بالقبض فيقوم قبضه مقام قبوله أما الآدمي المعين فيثبت له الملك فعليه قبوله لكن لا يتعين القبول باللفظ بل يحصل بما قام مقامه من الأخذ والفعل الدال على الرضى كقولنا في الهبة والبيع ويجوز القبول على الفور والتأخي (الثاني) أن يقبل بعد موت الموصي لأنه قبل ذلك لم يثبت له حق ولذلك لم يصح رده

(مسئلة) (وإن مات الموصي له قبل موت الموصي بطلت الوصية) هذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال الزهري وحمام بن أبي سليمان وربيعة ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وقال الحسن تكون لولد الموصي له وقال عطاء إذا علم المريض بموت الموصي له ولم يحدث فيما أوصى به شيئاً فهو لوارث الموصي له لأنه مات بعد عقد الوصية فيقوم الوارث مقامه كما لو مات بعد موت الموصي وقبل القبول

فيؤدي توريثه الى إبطال توريثه وهذا فاسد فإنه لو أقر جميع الورثة بمشارك لهم في الميراث ثبت نسبه وورث معهم أنه يخرج المقرون به عن كونهم جميع الورثة (ومن ذلك) أنه لو مات الموصى له قبل وارثه ثبت الملك لوارث القابل ابتداء من جهة الموصى لأن جهة موروثه ولم يثبت الوصى له شيء فحينئذ لا تقضى ديونه ولا تنفذ وصاياه ولا يعتق من يعتق عليه وإن كان فيهم من يعتق على الوارث عتق عليه وكان ولاؤه دون الموصى له، وعلى الوجه الآخر يتبين أن الملك كان ثابتاً للموصى له وأنه انتقل منه إلى وارثه فتعكس هذه الأحكام فتقضى ديونه وتنفذ وصاياه ويعتق من يعتق عليه وله ولاؤه يختص به المذكور من ورثته (ومن ذلك) أن الموصى به لو كان أمة فوطئها الوارث فأولدها صارت أم ولده وولدها حر لأنه وطئها في ملكه وعليه قيمتها للموصى له إذا قبلها، فإن قبل كيف قضيتم بعقها ههنا وهي لا تعتق باعتبارها؟ قلنا الاستيلاء أقوى ولذلك يصح من المحزوز والراهن والاب والشريك المعسر وإن لم ينفذ اتفاقهم، وعلى الوجه الآخر يكون ولده رقيقاً والأمة باقية على الرق، وإن وطئها الموصى له قبل قبولها كان ذلك قبولاً لها وثبت الملك له به لأنه لا يجوز إلا في الملك فاقداه عليه دليل على اختياره الملك فاشبهه مالاً وطئ من له الرجعة الرجعية أو وطئ من له الخيار في البيع الأمانة المبيعة أو وطئ من له خيار فسخ النكاح امرأته

(فصل) وتصح الوصية مطابقة ومقيدة فالمطابقة أن يقول إن مت فثني للمساكين أو لزيد، والمقيدة أن يقول : إن مت من مرضي هذا أو في هذه البارة أو في سفري هذا فثاني للمساكين فإن برأ من مرضه أو قدم من سفره أو خرج من البلدة ثم مات بطلت الوصية المقيدة وبقيت المطلقة . قال

ولنا أنها عطية صادفت المعطى ميتاً فلا تصح كالأموال وهب ميتاً وذلك لأن الوصية عطية بعد الموت وإذا مات قبل القبول بطلت الوصية أيضاً وإن سلمنا صحتها فإن العطية صادفت حياً بخلاف مسئلتنا. **مسئلة** (وإن ردها بعد موته بطلت أيضاً)

لا يخلو رد الوصية من أربعة أحوال (أحدها) أن يردها قبل موت الموصي فلا يصح الرد لأن الوصية لم تقع بعد أشبه رد المبيع قبل إيجاب البيع ولأنه ليس بمحل للقبول فلا يكون محلاً للرد كما قبل الوصية (الثاني) أن يردها بعد الموت وقبل القبول فيصح الرد وتبطل الوصية لا نعلم فيه خلافاً لأنه أسقط حقه في حال ملك قبوله وأخذ فاشبهه عفو الشفيع عن الشفعة بعد البيع (الثالث) أن يرد بعد القبول والقبض فلا يصح الرد لأن ملكه قد استقر عليه فاشبهه رده لسائر ملكه إلا أن يرضى الورثة بذلك فتكون هبة منه لهم فتنتقل إلى شروط الهبة (الرابع) أن يرد بعد القبول وقبل القبض فينظر فإن كان الموصى به ميئلاً أو موزوناً صح الرد لأنه لا يستقر ملكه عليه قبل قبضه فأشبهه رده قبل القبول وإن كان غير ذلك لم يصح لأن ملكه قد استقر عليه فهو كالمقبوض ويحتمل أن يصح الرد بناء على أن القبض معتبر فيه، ولاصحاب الشافعي في هذه الحال وجهان

أحمد فيمن وصى وصية أن مات من مرضه هذا أو من سفره هذا ولم يغير وصيته ثم مات بعد ذلك فليس له وصية ، وبهذا قال الحسن والثوري والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وقال مالك أن قال قولاً ولم يكتب كتاباً فهو كذلك ، وإن كتب كتاباً ثم صح من مرضه وأقر الكتاب فوصيته بحالها ما لم ينقضها

ولنا أنها وصية بشرط لم يوجد شرطها فبطلت كما لو لم يكتب كتاباً أو كما لو وصى قوم فأنوا قبله ولأنه قيد وصيته بقيد فلا يتعداه كما ذكرنا ، وإن قال لأحد عبديه أنت حر بعد موتي ، وقال للآخر أنت حر أن مات في مرضي هذا فمات في مرضه فالعبدان سواء في التدبير ، وإن برأ من مرضه ذلك بطل تدبير المنيذ وبقي تدبير المطلق بحال ، ولو وصى لرجل بشئ وقال إن مات قبلي فهو لعمر وصحت وصيته على حسب ما شرطه له وكذلك في سائر الشروط فإن النبي ﷺ قال «المسلمون على شروطهم» **مسئلة** قال (وإذا أوصى له بسهم من ماله أعطى السدس وعن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى يعطى سهما مما تصح منه الزريضة)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيما أوصى بسهم فروي عنه أن الموصى له السدس وروي ذلك عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه قال الحسن وإياس بن معاوية والثوري ، والرواية الثانية أنه يعطى سهما مما تصح منه الزريضة فينظر كم سهما صحت منه الزريضة ويزاد عليها مثل سهم من سهامها للموصى له وهذا قول شريح قال ترفع السهام فيكون للموصى له سهم قال القاضي هذا ما لم يزد

(أحدهما) يصح الرد في الجميع فلا فرق بين المكيل والموزون وغيرها وهو المنصوص عن الشافعي لأنهم لما ملكوا الرد من غير قبول ملكوا الرد من غير قبض ولأن ملك الوصي لم يستقر عليه قبل القبض فصح رده كما قبل القبول (والثاني) لا يصح الرد لأن الملك يحصل بالقبول من غير قبض (فصل) وكل موضع صح الرد فيه فإن الوصية تبطل بالرد ويرجع الموصى به إلى التركة فيكون الجميع للوارث لأن الأصل ثبوت الحق لهم ولأنما خرج بالوصية فإذا بطلت رجع إلى ما كان عليه كان الوصية لم توجد ولو عين بالرد واحداً فقصد تخصيصه بالردود لم يكن له ذلك وكان لجميعهم لأن رده امتناع من تملكه فبقي على ما كان عليه ولأنه لا يملك دفعه إلى أجنبي فلم يملك دفعه إلى وارث يخصه به. وكل موضع امتنع الرد لاستقرار ملكه عليه فله أن يخص به بعض الورثة لأنه ابتداء هبة ولأنه يملك دفعه إلى أجنبي فملك دفعه إلى الوارث فلو قال رددت هذه الوصية لفلان قيل له ما أردت بقولك لفلان؟ فإن قال أردت تملكه إياها وتخصيصه بها فقبضها اختص بها وإن قال أردت ردها إلى جميعهم ليرضى فلان عادت إلى الجميع إذا قبلوها فإن قبلها بعضهم دون بعض فمن قبل حصته منها (فصل) ويحصل الرد بقوله رددت الوصية وقوله ما أقبلها وما أدبي هذا المعنى قال أحمد إذا

على السدس فإن زاد السهم على السدس فله السدس لأنه متحقق . وجه ذلك أن قوله سهماً ينبغي أن ينصرف إلى سهام فريضته لأن وصيته منها فينصرف السهم إليها فكان واحداً من سهامها كما لو قال : فريضتي كذا وكذا سهماً لك منها سهم ، وقال الحلال ومالك به أقل سهماً من سهام الورثة لأن أحد قال في رواية أبي طالب والأثرم إذا أوصى له بسهم من ماله يعطى سهماً من الفريضة قيل له نصيب رجل أو نصيب امرأة قال أقل ما يكون من السهام قال القاضي مالم يزد على السدس وهذا قول أبي حنيفة وقال صاحباه إلا أن يزيد على الثلث فيكون له الثلث . وجه هذا القول أن سهام الورثة انصبأؤهم فيكون له أقلها لأنه اليقين فإن زاد على السدس دفع إليه السدس لأنه أقل سهم يرثه ذوقرابة ، وقال أبو ثور يعطى سهماً من أربعة وعشرين لأنها أكثر أصول الفرائض فالسهم منها أقل السهام ، وقال الشافعي وابن المنذر يعطيه الورثة ماشاء ولأن ذلك يقع عليه اسم السهم فأشبهه ما لو أوصى له بجزء أو حظ ، وقال عطاء وعكرمة لاشي له .

ولنا ما روى ابن مسعود أن رجلاً أوصى لرجل بسهم من المال فأعطاه النبي ﷺ السدس ولأن السهم في كلام العرب السدس قال إياس بن معاوية السهم في كلام العرب السدس فننصرف الوصية إليه كما لو لفظ به ولأنه قول علي وابن مسعود ولا يخالف لهما في الصحابة ولأن السدس أقل سهم مفروض يرثه ذوقرابة فننصرف الوصية إليه . إذا ثبت هذا فإن السدس الذي يستحقه الموصى له يمكن بمنزلة سدس مفروض فإن كانت المسئلة كاملة الفروض أعيلت به ، وإن كانت عائرة زاد عولها به ، وإن

وصى لرجل بألف فقال لا أقلها فهي لورثة الموصى له

(مسئلة) (وإن مات بعده وقبل الرد والقبول قام وارثه مقامه ذكره الحرقى وقال القاضي يبطل على قياس قوله) إذا مات الموصى له بعد موت الموصى وقبل الرد والقبول قام وارثه مقامه في القبول والرد كذلك ذكره الحرقى لأنه حق يثبت للورث فثبت للوارث بعد موته لقوله عليه الصلاة والسلام « من ترك حقاً فلورثته » وكذا خيار الرد بالعيب وقال أبو عبدالله بن حامد تبطل الوصية لأنه عقد يفتر إلى القبول فإذا مات من له القبول قبل القبول بطل العقد كالمدة قال القاضي هو قياس المذهب لأنه خيار لا يتنازع عنه فبطل كخيار المجلس والشرط وخيار الأخذ بالشفعة ، وقال أصحاب الرأي تلزم الوصية في حق الوارث وتدخل في ملكه حكماً بغير قبول لأن الوصية قد لزمت من جهة الموصى وإنما الخيار للموصى له فإذا مات بطل خياره ودخل في ملكه كما لو اشترى شيئاً على أن الخيار له فمات بعد انقضائه

ولنا على أن الوصية لا تبطل بموت الموصى أنها عقد لازم من أحد الطرفين فلم يبطل بموت من له الخيار كعقد الرهن والبيع إذا شرط فيه الخيار لأحدهما ولأنه عقد لا يبطل بموت الموجب له فلا يبطل

كان فيهارد او كانوا عصبية أعطي سدساً كاملاً قال احمد في رواية ابن منصور وحرب اذا أوصى الرجل بسهم من ماله يعطى السدس الا أن تعول الفريضة فيعطى سهمها مع العول فكان معنى الوصية أوصيت لك بسهم من يرث السدس فلو أوصى له بسهم في مسألة فيها زوج وأخت كان له السبع كما لو كان معها جدة على الروايات الثلاث ، وكذلك لو كان في المسألة أم وثلاث أخوات متفرقات فان كان معهم زوج فالسبعة من تسعة والموصى له العشر على الروايات الثلاث ، وان كان الورثة ثلاث أخوات متفرقات فالوصى له السدس على الروايات الثلاث وان كانوا زوجاً وأبوين وابنتين فالسبعة من خمسة عشرة وتعول بسدس آخر فتصير من سبعة عشر ، وكذلك على قول الحلال لان أقل سهام الورثة سدس ، وعلى الرواية الاخرى يكون للموصى سهم واحد يزداد على خمسة عشر فتصير ستة عشر وان كانوا زوجة وأبوين وابناً فالفريضة من أربعة وعشرين وتعول بالسدس الموصى به الى ثمانية وعشرين وعلى الرواية الثانية يزداد عليها سهم واحد للموصى له فتكون من خمسة وعشرين وعلى قول الحلال يزداد عليها مثل سهم الزوجة فتكون من سبعة وعشرين ، وان كانوا خمسة بنين فالوصى السدس كاملاً وتصح من ستة على الروايات الثلاث فان كان معهم زوجة صحت الفريضة من أربعين فتزيد عليها سهمها للموصى على احدى الروايات تصير احداً واربعين وعلى قول الحلال تزيد مثل نصيب الزوجة فتصير خمسة وأربعين وعلى الرواية الاولى تزيد عليها مثل سدسها ولا سدس لها فتصيرها في ستة ثم تزيد عليها سدسها تكن مائتين وثمانين للموصى أربعون وللزوجة ثلاثون والسكلى ابن اثنان واربعون ولو خلف أبوين وابنين وأوصى لرجل بسدس ماله ولا آخر بينهم جعلت ذال سهم كالام وأعطيت صاحب السدس سدساً كاملاً وقسمت الباقي بين الورثة والموصى له على سبعة فتصح من اثنين وأربعين

يموت الآخر كالذي ذكرناه، ويفارق الهبة والبيع قبل القبول من الوجهين الذين ذكرناهما وهو أنه جائز من الطرفين ويطل بموت الموجب له ولا يصح قياسه على الخيارات لان ثم يطل الخيار ويلزم العقد فنظيره في مسئلتنا قول أصحاب الرأي

ولنا على إبطال قولهم أنه عقد يفتر إلى قبول الممتلك فلم يلزم قبل القبول كالبيع والهبة إذا ثبت هذا فان الوارث يقوم مقام الموصى له في الرد والقبول لان كل حق مات عنه المستحق فلم يطل بالموت قام الوارث فيه مقامه فان رد الوارث الوصية بطلت وان قبلها صحت وان كان الوارث جماعة اعتبر القبول والرد من جميعهم فان رد بعضهم وقبل بعض ثبت الملك لمن قبل في حصته وبطلت الوصية في حق من رد فان كان منهم من ليس له التصرف قام وليه مقامه في ذلك وليس له أن يفعل إلا ما للمولي عليه فيه الحظ فان قبل غيره لم يصح ، فاذا كان الحظ في قبولها لم يصح الرد وكان له قبولها بعد ذلك وان كان الحظ في ردّها لم يصح قبوله لها لان المولى لا يملك التصرف في حق المولى عليه بغير ماله الحظ فيه فلو وصى لصبي بندي رحم يعتق بملك له وكان على الصبي ضرر في ذلك بان تلزمه نفقة الموصى به اكونه فقيراً لا أكسب له والمولي عليه موسر لم يكن له قبول الوصية وان لم يكن عليه ضرر اكون

لصاحب السدس سبعة ولصاحب السهم خمسة على الروايات الثلاث ، ويحتمل ان يعطى ذو السهم السبع كاملاً كأنه أوصى له من غير وصية أخرى فيكون له ستة ويبقى تسعة وعشرون على ستة لا تنقسم فنضربها في اثنين وأربعين تكن مائتين واثنين وخمسين

(فصل) وإن أوصى بجزء أو حظ أو نصيب أو شيء من ماله أعطاه الورثة ماشاء ، ولا أعلم فيه خلافاً وبه قال أبو حنيفة والشافعي وابن المنذر وغيرهم لأن كل شيء جزء ونصيب وحظ وشيء ، وكذلك ان قال أعطوا فلانا من مالي أو أرزقوه لأن ذلك لأحد له في اللغة ولا في شرع فكان على إطلاقه

(مسئلة) قال (واذا أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته ولم يسمه كان له مثل مالا أقام نصيباً كأن أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته وهم ابن وأربع زوجات فتكون صحيحة من اثنين وثلاثين سهماً للزوجات الثن وهو أربعة وما بقي فللابن فزد في سهام الفريضة مثل حظ امرأة من نسائه فتصير الفريضة من ثلاثة وثلاثين سهماً للموصى له سهم ولكل امرأة سهم وما بقي فللابن)

وجملة ذلك أنه اذا أوصى بمثل نصيب أحد ورثته غير مسمى فإن كان الرثة يتساوون في الميراث كالابنين فله مثل نصيب أحدهم مضافاً على الفريضة ويجعل كواحد منهم زاد فيهم ، وإن كانوا يتفاضلون كمسئلة الحرقي فله مثل نصيب أقلهم ميراثاً يزداد على فريضتهم وإن أوصى بنصيب وارث

الموصى به ذا كسب أو لكون المولي عليه فقيراً لا تلزمه نفقته تعين القبول لأن في ذلك نقعاً للمولي عليه لعتق قرابته من غير ضرر يعود عليه فتعين ذلك والله أعلم

(مسئلة) (وإن قبلها بعد الموت ثبت الملك حين القبول في الصحيح من المذهب) وهو قول مالك وأهل العراق وروي عن الشافعي وفيه وجه آخر ذكره أبو الخطاب أنه إذا قبل تبين أن الملك ثبت حين موت الموصي وهو ظاهر مذهب الشافعي لأن ما وجب انتقاله بالقبول وجب انتقاله من جهة الموجب عند الإيجاب كالهبة والبيع ولأنه لا يجوز أن يثبت الملك فيه للوارث لأن الله تعالى قال (من بعد وصية يوصي بها أو دين) والارث بعد الوصية ولا يبقى للميت لأنه صار جساداً لا يملك شيئاً وللشافعي قول ثالث غير مشهور ان الوصية تملك بالموت ويحكم بذلك قبل القبول لما ذكرنا

ولنا أنه عليك عين لمعين يفتقر الى القبول فلم يسبق الملك القبول كسائر العقود ولأن القبول من تمام السبب والحكم لا يتقدم سببه ولأن القبول لا يخلو من أن يكون شرطاً أو جزءاً من السبب والحكم لا يتقدم سببه ولا شرطه ولأن الملك في الماضي لا يجوز تعليقه بشرط مستقبل ، فإن قيل فلو قال لامرأته انت طالق قبل موتي بشهر ثم مات تبين وقوع الطلاق قبل موته بشهر ، قلنا ليس هذا شرطاً في وقوع الطلاق وإنما تتبين الوقت الذي يقع فيه الطلاق ولو قال إذا مت فأنت طالق قبله

معين فله مثل نصيبه مزادا على الفريضة وهذا قول الجمهور وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك وابن أبي ليلى وزفر وداود يعطى مثل نصيب المدين أو مثل نصيب أحدهم إذا كانوا يتساون من أصل المال غير مزيد ويقسم الباقي بين الورثة لأن نصيب الوارث قبل الوصية من أصل المال فلو أوصى بمنزل نصيب ابنه وله ابن واحد فالوصية بجميع المال وإن كان له ابنان فالوصية بالنصف وإن كانوا ثلاثة فالوصية بالثلث ، وقال مالك إن كانوا يتفاضلون نظر إلى عددهم فاعطى سهما من عددهم لأنه لا يمكن اعتبار أنصبتهم لتفاضلهم فاعتبر عدد رؤوسهم

ولما أذن جعل وارثه أصلا وقاعدة حمل عليه نصيب الموصي له وجعله مثالا له وهذا يقتضي أن لا يزاد أحدهما على صاحبه ، ومتى أعطى من أصل المال فما أعطى مثل نصيبه ولا حصلت له التسوية والعبارة تقتضي التسوية وإنما جعل له مثل أقلام نصيبا لأنه اليتيم وما زاد فشكوك فيه فلا يثبت مع الشك وقوله يعطى سهما من عددهم خلاف ما يقتضيه لفظ الموصي فإن هذا ليس بنصيب لأحد ورثته ولنظفه إنما اقتضى نصيب أحدهم وتفاضلهم لا يمنع كون نصيب الأقل نصيب أحدهم فيصرفه إلى الوصي لقول الموصي ومما لا يقتضي وصيته وذلك أولى من اختراع شيء لا يقتضيه قول الموصي أصلا ، وقوله تعذر العمل بقول الموصي غير صحيح فإنه يمكن العمل به بما قلناه ثم لو تعذر العمل به لما جاز أن يوجب في ما أحقا لم يأذن فيه ولم يأمر به ، وقد مل الخرق في هذه المسئلة بما أغنى عن تدليها ولوقد أوصيت بمنزل نصيب أنفهم ميراثا كان كالأطلاق وكان ذلك تأكيداً وإن قل أوصيت بمنزل نصيب أكثرهم ميراثاً فلهذا ذلك مضافاً إلى المسئلة فيكون له في مسئلة الخرق ثمانية وعشرون تضم إلى الفريضة فيكون الجميع ستين سهما

بشهر لم يصح ، وأما انتقاله من جهة الموجب في سائر العقود فإنه لا ينتقل إلا بعد القبول فهو كسائرنا غير أن ما بين الإيجاب والقبول ثم يسير لا يظهر له أثر بخلاف مسئلتنا ، قولهم إن الملك لا يثبت للوارث ممنوع فإن الملك ينتقل إلى الوارث بحكم الأصل إلا أن يمنع منه مانع فأما قول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) قلنا المراد به الوصية المقبولة بدليل أنه لو لم يقبل لكان ملكا للوارث وقبل قبولها فليست مقبولة ويحتمل أن يكون المراد بقوله (فلكم الربع من بعد وصية يوصي بها) أي لكم ذلك مستقر ولا يمنع هذا ثبوت الملك غير مستقر ولهذا لا يمنع الدين ثبوت الملك في التركة وهو أكد من الوصية وإن سلمنا أن الملك لا يبقى للوارث فإنه يبقى ملكا للميت كما إذا كان عليه دين ، وقولهم لا يبقى له ملك ممنوع فإنه يبقى ملكا فيما يحتاج إليه من مؤنة تجهيزه ودقته وقضاء ديونه ويجوز أن يتجدد له ملك في دينه إذا قتل وفيها إذا نصب شبكة فوق وقع فيها صيد بعد موته بحيث تقضى ديونه وتنفذ وصاياه ويجوز أن كان قبل تجهيزه فهذا يبقى على ملكه لتعذر انتقاله إلى الوارث من أجل الوصية وامتناع انتقاله إلى الوصي قبل تمام السبب فإن رد الموصي له أو قبل انتقال حينئذ قلنا بالاول وأنه ينتقل إلى الوارث فإنه يثبت له الملك على وجه لا يفيد اباحة التصرف كقبضته في العين المرهونة

(فصل) وإن أوصى بنصيب وارث ففيها وجهان (أحدهما) نصح الوصية ويكون ذلك كلوصية بمثل نصيبه . وهذا قول مالك وأهل المدينة والشافعي وأهل البصرة وابن أبي ليلى وزفر وداود . والوجه الثاني لانصح الوصية وهو الذي ذكره القاسمي وهو قول أصحاب الشافعي وأبي حنيفة وصاحبيه لانه أوصى بما هو حق لابن فلم يصح كما لو قال بدار ابني . أو بما يأخذه ابني . وجه الأول أنه أمكن تصحيح وصيته بعمل لفظه على مجازة نصح كما لو طلق بالفظ الكناية أو أعقق وبيان أمكن التصحيح أنه أمكن تقدير حذف المضاف وإقامة المضاف اليه مقامه أي بمثل نصيب واري ، ولأنه لو أوصى بجميع ماله صح وإن تضمن ذلك الوصية بنصيب ورأه كلهم

(فصل) وإن قال أوصيت لك بضعف نصيب ابني فله مثلاً نصيبه وبهذا قال الشافعي وقال أبو عبيد القاسم بن سلام الضعف المثل واستدل بقول الله تعالى (يضاعف لها العذاب ضعفين) أي مثليين وقوله (فأنت أكلها ضعفين) أي مثليين وإذا كان الضعفان مثليين فالواحد مثل

ولنا أن الضعف مثلاً بدليل قوله تعالى (لأذنبك ضعف الحياة و ضعف المات) وقال (فأولئك لهم جزاء الضعف بما عملوا - وقال - وما آتيتهم من زكاة تريدون وجه الله فأولئك هم المضعفون) ويرى عن عمر أنه أضعف الزكاة على نصارى بني تغلب فكان يأخذ من المائتين عشرة وقال الحليفة وعثمان بن حنيف لملكها حملها الأرض مالا تطيق فقال عثمان لو أضعفت عليها لاعتصمت قال الأزهري الضعف المثل فـ الفرق . وأما قوله ان الضعفين المائتين فقد روى ابن النباري عن هشام بن معاوية النهدي قال : العرب تتكلم بالضعف مثني فنقول إن أعطيتي درهماً لك ضعفه أي مائلاً . وافراده

فلو باع الموصى به أو رهنه أو أعتقه أو تصرف بغير ذلك لم ينفذ شيء من تصرفاته ولو كان الوارث ابناً للموصى به مثل أن تملك امرأة زوجها الذي لها منه ابن فتوصي به لاجنبي فإذا مات انتقل الملك فيه الى ابنه حين القبول ولا يعتق عليه

﴿مسئلة﴾ (فما حصل من كسب أو نماء منفصل في الموصى به بعدموت الموصي وقبل القبول كالولد والتمرة والكسب فهو للورثة على الوجه الاول)

لانه ملكهم فان كان متصلاً بغيره لانه يتبع في العقود والفسوخ

﴿مسئلة﴾ (وان كانت الوصية بأمة فوئئها الوارث قبل القبول فأولدها صارت أم ولد له ولدها حر لانه وطئها في ملكه)

وعليه قيمتها لو وصي اذا قبلها لانه فوئها عليه ولا مهر عليه ولا تلزمه قيمة الولد لذلك ، فان قيل فكيف قضيت بعقدها هنا وهي لا تتق باعتاقه قلنا الاستيلاء أقوى ولذلك يصح من المجنون والراهن والاب والشريك المعسر وان لم ينفذ اعتاقهم ، وعلى الوجه الآخر يكون ولده رقيقاً والامة باقية على الرق فان وطئها الموصى له قبل ذلك كان قبولها ويثبت الملك له به لانه لا يجوز الا في الملك

لا بأس به إلا أن الثانية أحسن يعني أن المفرد والمثنى في هذا بمعنى واحد ، قال أبو عبيدة معمر بن المثنى ضعف الشيء هو مثله وضعفه هو مثله وثلاثة أضاعفه ثلاثة أمثاله وعلى هذا (فصل) وإن قال أوصيت لك بضعفي نصيب ابني فله مثلاً نصيبه ، وإن قال ثلاثة أضاعفه فله ثلاثة أمثاله هذا الصحيح . نندي وهو قول أبي عبيد ، وقال أصحابنا إن أوصى بضعفي فله ثلاثة أمثاله وإن وصى بثلاثة أضاعفه فله أربعة أمثاله ، وعلى هذا كلما زاده ضعفاً زاد مرة وهذا قول الساني . واحتجوا بقول أبي عبيدة وقد ذكرناه ، وقال أبو ثور ضعفه أربعة أمثاله وثلاثة أضاعفه ستة أمثاله لأنه قد ثبت أن ضعف الشيء مثله فتثنيته مثله ففردته كسائر الأسماء .

وإنما قول الله تعالى (فأنت أكلها ضعفين) قال عكرمة تَحْمِلُ في كل عام مرتين ، وقال عطاء أثمرت في سنة . مثل ثمرة غيرها سنتين ولا خلاف بين المفسرين فيما علمت في تفسير قوله تعالى (يضاعف لها العذاب ضعفين) أن المراد به مرتين ، وقد دل عليه قوله تعالى (نؤتها أجراً مرتين) ومحال أن يجعل أجراً على العمل الصالح مرتين وعذابها على العمل الفاحش ثلاث مرات فإن الله تعالى أنما يريد تضعيف الحسنات على السيئات وهذا هو المهود من كرمه وفضله ، وأما قول أبي عبيدة فخالفه فيه غيره وأنكروا قوله . قال ابن عرفة لا أحب قول أبي عبيدة في (يضاعف لها العذاب ضعفين) لأن الله تعالى قال في آية أخرى (نؤتها أجراً مرتين) فأعلم أن لها من هذا حظين ومن هذا حظين وقد نقل معارية بن هشام النحوي عن العرب أنهم ينطقون بالضعف مثنى وفرداً بمعنى واحد وموافقة العرب على لسانهم مع ما دل عليه كلام الله تعالى العزيز بقول المفسرين من التابعين وغيرهم

فأقدمه عليه دليل على اختياره الملك فأشبه ما لو وطئ من له الرجعة زوجته الرجعية أو وطئ من له الخيار في البيعة المبيعة أو وطئ من له خيار فسخ النكاح امرأته ﴿مسألة﴾ (وإن وصى له بزوجته فأولدها بعد موت الموصي وقبل القبول فولده رقيق للوارث) وعلى الوجه الآخر يكون حر الأصل ولا ولا عليه وأمه أم ولد لأنها علفت منه بحر في ملكه ﴿مسألة﴾ (وإن وصى له بأبيه فأت قبل القبول فقبل ابنه عتق الموصى به ولم يرث شيئاً) وجملة ذلك أنه إذا وصى له بأبيه فأت قبل القبول فقبل ابنه عتق الموصى به ولم يرث شيئاً وقبلها على قول الحنفي وهو الصحيح أن شاء الله تعالى فإن قبلها ابنه صح وعتق عليه الجد ولم يرث من ابنه شيئاً لأن حرية إنما حدثت حين القبول بعد أن صار الميراث لغيره وعلى الوجه الآخر ثبت حرية من حين موت الموصي ويرث من ابنه السدس وقال بعض أصحاب الشافعي لا يرث أيضاً لأنه لو ورث لاعتبر قبوله ولا يجوز اعتبار قبوله قبل الحكم بحريته وإذا لم يحز اعتباره لم يعتق فيؤدي توريثه إلى إبطال توريثه وهذا فاسد فانه لو أقر جسيم الورثة بمشارك لهم في الميراث ثبت نسبه وورث مع أنه يخرج المقرين به عن كونهم جميع الورثة ومن

٥٢ الوصية لرجل ثلث ولا آخر برهم ولا آخر بخمس ولا آخر بنيل وصية أحدم (المغنى والشرح الكبير)

أولى من قول أبي عبيدة المخالف لذلك كله مع مخالفة القياس، ونسبة الخطأ إليه أولى من تخطئة ما ذكرناه وأما قول أبي ثور فظاهر الفساد لما فيه من مخالفة الكتاب والعرب وأهل العربية ولا يجوز التمسك بمجرد القياس المخالف لثقل فقد يشذ من العربية كلمات تؤخذ نقلاً بغير قياس والله أعلم (فصل) وإن وصى بمثل نصيب من لا نصيب له مثل أن يرصي بنصيب ابنه وهو ممن لا يرث لكونه رقيقاً أو غلاماً لدينه أو بنصيب أخيه وهو محجوب عن ميراثه فلا شيء للموصى له لأنه لا نصيب له فيه فلا شيء له.

(فصل) وإن أوصى لرجل ثلث ولا آخر برهم ولا آخر بخمس ولا آخر بنيل وصية أحدم فهـ الخمس، وإن وصى لرجل بعشرة ولا آخر بسنة ولا آخر بأربعة ولا آخر بنيل وصية أحدم فهـ أربعة لأنها اليقين، وإن قال فلان شريكهم فهـ خمس مالم يكن واحد منهم، وإن وصى لأحدم بعشرة ولا آخر بدار ولا آخر بعبد ثم قال فلان شريكهم فهـ نصف مالم يكن واحد منهم ذكرها الخبري لأنه هنا يشارك كل واحد منهم منفرداً والشركة تقتضي القدوة فلهذا كان له النصف بخلاف الأولين فأنهم كلهم مشركون، وقال ابن القاسم له الربع في الجميع.

(فصل) ولو أوصى بمثل نصيب وارث لو كان قد در الوارث موجوداً وانظر مالموصى له مع وجوده فهو له مع عدمه فإن خلف ابنين وأوصى بمثل نصيب ثالث فلاموصى له الربع ولو وصى بمثل نصيب خامس لو كان فلاموصى له السادس وعلى هذا بدأ ولو خلعت زوجاً وارست

فروع ذلك أنه لو مات الموصى له فقبل وارثه ثبت الملك للوارث القابل ابتداء من جهة الموصى لا من جهة موروثه ولم يثبت للموصى له شيء فحينئذ لا تنقضي ديونه ولا تنفذ وصاياه ولا يعتق من يعتق عليه فإن كان منهم من يعتق على الوارث عتق عليه وكان ولاؤه له دون الموصى له وعلى الوجه الآخر تبين أن الملك كان ثابتاً للموصى له وإن انتقل منه إلى وارثه فتعكس هذه الأحكام فتقضي ديونه وتنفذ وصاياه ويعتق من يعتق عليه وله ولاؤه يختص به الذكور من ورثته ويحتدل أن يثبت الملك من حين الموت فتعكس هذه الأحكام وقد ذكرناه.

(فصل) ونصح الوصية مطلقة ومقيدة فالمطلقة أن يقول إن مت فتأني للمساكين أو لزيد والمقيدة أن يقول إن مت في مرضي هذا أو في هذه البلدة أو في سفري هذا فتأني للمساكين فإن برأ من مرضه أو قدم من سفره أو خرج من البلدة ثم مات بطلت الوصية المقيدة دون المطلقة قال أحمد فيمن وصى وصية إن مات من مرضه هذا أو من سفره هذا ولم يغير وصيته ثم مات بعد ذلك فليس له وصية بهذا قال الحسن والثوري والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وقال مالك إن قال قولاً ولم يكتب كتاباً فهو كذلك وإن كتب كتاباً ثم صح من مرضه وأقر الكتاب فالوصية بحالها مالم ينقضها.

بمثل نصيب أم لو كانت فلاموصى له الخمس لأن للام الربع لو كانت فيجعل له سها مضافا الى اربعة يكن خمسا نفس على هذا

﴿مسألة﴾ قال (واذا خلف ثلاثة بنين واوصى لآخر بمثل نصيب أخذهم كان للوصى له الربع) هذا قول أكثر أهل العلم منهم الشعبي والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وعند مالك وموافقيه لاموصى له الثلث والباقي بين الابنين وتصح من تسعة وقد دلت على فساده ولو خلف ابنا واحداً واوصى بمثل نصيبه لاموصى له النصف في حال الاجازة والثلث في حال الرد وعند مالك لاموصى له في حال الاجازة جميع المال

(فصل) فان خلف بنتا واوصى بمثل نصيبها فالحكم فيها كالحكم فيما لو كان ابنا عند من يرى الرد لانها تأخذ المال كله بالفرض والرد، ومن لا يرى الرد يقتضي قوله ان يكون له الثلث ولها نصف الباقي وما بقي لبيت المال ويقتضي قول مالك ان لاموصى له النصف في حال الاجازة ولها نصف الباقي وما بقي لبيت المال فان خلف ابنتين واوصى بمثل نصيب احدهما نهي من ثلاثة عندنا ويقتضي قول من لا يرى الرد انها من اربعة لبيت المال الربع ولكل واحد منهم ربعه، ويقتضي قول مالك ان الثلث لاموصى له ولابنتين ثلثا ما بقي والباقي لبيت المال وتصح من تسعة، فان خلف جددة وحدها واوصى بمثل نصيبها فقياس قولنا ان المال بينهما نصفين وقياس قول من لا يرى الرد انها من سبعة لكل واحد منهما السبع والباقي لبيت المال وقياس قول مالك ان لاموصى له السدس والجددة سدس ما بقي والباقي لبيت المال (فصل) واذا خلف ثلاثة بنين واوصى لثلاثة بمثل انصباهم فمال بينهم على سنة ان اجازوا

ولنا انها وصية بشرط لم يوجد شرطها فبطلت كما لو لم يكتب كتاباً أو كما لو وصى لقوم فاتوا قبله ولأنه قيد وصيته بقيد فلا تتعداه كما ذكرناه وان قال لاحد عبديه أنت حر بعد موتي وقال الآخر أنت حر ان مت من مرضي هذا فمات من مرضه فالعبدان سواء في التدبير وان برأ من مرضه ذلك بطل تدبير المقيد وبقي تدبير المطلق بحاله، ولو وصى لرجل بثلثه وقال ان مت قبلي فهو لعمرو وصحت وصيته على حسب ما شرطه وكذلك سائر الشروط فان النبي ﷺ قال «المسلمون على شروطهم» (فصل) قال رضي الله عنه (وبحوز الرجوع في الوصية)

اتفق أهل العلم على أن لاموصي أن يرجع في كل ما وصى به وفي بعضه الا الوصية بالاعتاق فقد اختلف فيها فالأكثر على جواز الرجوع فيها أيضاً روي ذلك عن عمر رضي الله عنه أنه قال يغير الرجل ما شاء من وصيته وبه قال عطاء وجابر بن زيد والزهري وقادة ومالك والشافعي وأحمد واسحاق وأبو ثور وقال الشعبي وابن سيرين وابن شبرمة والنخعي يغير ما شاء منها الا العتق لانه اعتاق بعد الموت فلم يملك تغييره كالتدبير

وان اردوا فن تسعة للموصى لهم الثلث ثلاثا والباقي بين البنين على ثلاثة فان اجازوا لواحد وردوا على اثنين فللمردود عليهما التسعان الاذان كانا لهما في حال الرد عليهم ، وفي المجازله وجهان احدهما له السدس الذي كان له في حال الاجازة للجميع وهذا قول ابي يوسف وابن شريح فيأخذ السدس والذين من مخرجها وهو ثمانية عشر يبقى احد عشر بين البنين على ثلاثة لا يصح فيضرب عددهم في ثمانية عشر تكن اربعة وخمسين للمجازله السدس تسعة ولكل واحد من صاحبه ستة ولكل ابن احد عشر (والوجه الثاني) ان يضم المجازله الى البنين ويقسم الباقي بعد التسعين عليهم وهم اربعة لا تنقسم فتضرب اربعة في تسعة تكن ستة وثلاثين فاز اجاز الورثة بعد ذلك للآخرين اتموا لكل واحد منهم ثمان سدس المال فيصير المال بينهم اسداسا على الوجه الاول وعلى الوجه الآخر يضمنون ما حصل لهم وهو احد وعشرون من ستة وثلاثين الى ما حصل لهما وهو ثمانية ويقدر ماله بينهم على خمسة ولا يصح فتضرب خمسة في ستة وثلاثين تكن مائة رثنانين ومنها تصح ، وان اجاز احد البنين لهم ورد الآخرون عليهم فللمجيز السدس وهو ثلاثة من ثمانية عشر ولذين لم يجزوا اربعة أنساع ثمانية تبقى سبعة بين الموصى لهم على ثلاثة فاضربها في ثمانية عشر تكن اربعة وخمسين وان اجاز واحد لواحد دفع اليه ثلث مافي يده من الفضل وهو ثلث سهم من ثمانية عشر فاضربها في ثلاثة تكن اربعة وخمسين والله اعلم

(فصل) واذا وصى لرجل بحره. مقدر ولا آخر بمثل نصيب وارث من ورثته ففيها وجهان (احدهما) يعطى الجزء لصاحبه ويقسم الباقي بين الورثة والموصى له كأنه ذلك الوارث ان اجازوا وان ردوا قدمت اثلاث بين الوصيين على حسب ما كان لهما في حال الاجازة واثنتان بين الورثة (والوجه الثاني) ان يعطى صاحب النصيب مثل نصيب الوارث كأن لا وصية سواها وهذا قول يحيى بن آدم. مثله

ولما أنها وصية فملك الرجوع عنها ولاها عطية تتجز بالموت فجاز له الرجوع عنها قبل تجزها كهيئة ما يغتر الى القبض قبل قبضه، وأما للتدبير فلأنه منم وان سلم فان الوصية تفارق التدبير فانه تعليق على شرط فلم يملك تغييره كتمليته على صفة في الحياة

(مسئلة) (فاذا قال قدر جئت في وصيتي أو أبطلتها أو نحو ذلك كقوله غيرتها بطلت)

لانه صريح في الرجوع وان قال في الموصى به هو لورثتي أو في ميراثي فهو رجوع لان ذلك ينافي كونه وصية

(مسئلة) (وان قال ما أوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا)

وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفا لانه صرح بالرجوع عن الاول بذكره أن ما وصى به مردود الى الثاني أشبه ما لو قال رجعت عن وصيتي لفلان وأوصيتها لفلان (مسئلة) (وان وصى به لآخر ولم يقل ذلك فهو بينهما) إذا وصى لفلان بمعين من ماله ثم وصى به لآخر أو وصى لرجل بثلثه ثم وصى لآخر بثلثه أو وصى بجميع ماله لرجل ثم وصى به لآخر فهو بينهما وليس ذلك رجوعا

رجل أوصى بثلاث ماله لرجل ولا آخر بمثل نصيب أحد بنيه ومثل ثلاثة في الوجه الأول لأوصى له
بأكثر الثلث وما بقي بين البنين والوصي على أربعة ونصف من ستة لصاحب الثلث سهمان والآخر
سهم فان ردوا فالثالث بين الوصيين على ثلاثة والثلاثان بين البنين على ثلاثة ونصف من تسعة وعلى الوجه
الآخر لصاحب الثلث الثلث والآخر الربع ان اجيز لهما وان رد عليهما قسمت الثلث بينهما على سبعة
والثلاثان للورثة ، ونصف من ثلاثة وستين ، وان كان الجزء يزيد على الثلث مثل أن أوصى لرجل بالنصف
ولا آخر بمثل نصيب أحد بنيه ففيها وجه ثالث وهو أن يجعل لصاحب النصيب نصيبه من الثلثين
وهو ربعه لان الثلثين حق الورثة لا يؤخذ منها شيء إلا باجازتهم ورضاهم فيكون صاحب النصيب
كواحد منهم لا تنقص من السدس شيئاً إلا باجازته ، فعلى الوجه الأول لصاحب الجزء النصف
والباقي بين الآخر والبنين على أربعة ، ونصف من ثمانية إن أجازوا . وان ردوا قسمت الثلث بين
الوصيين على خمسة والثلثين بين البنين على ثلاثة ، ونصف من خمسة وأربعين . وعلى الوجه الثاني لصاحب
النصف النصف والآخر الربع ويبقى الربع بين البنين ، ونصف من اثني عشر وان ردوا فالثالث بين
الوصيين على ثلاثة ونصف من تسعة ، وعلى الوجه الثالث لصاحب النصف النصف والآخر السدس
ويبقى الثلث بين البنين على ثلاثة ونصف من ثمانية عشر ، وان ردوا فالثالث بين الوصيين على أربعة
ونصف من ستة وثلاثين ، وان أوصى لصاحب الجزء بالثلثين فعلى الوجه الأول لصاحب النصف
ربع الثلث سهمان اثني عشر إن أجازوا وان ردوا قسمت الثلث بين الوصيين على تسعة وعلى الوجه
الثاني يكون له الربع في حال الاجازة وفي حال الرد يكون الثلث بين الوصيين على أحد عشر ، وعلى
الوجه الثالث يكون له السدس في الاجازة وفي الرد يكون الثلث بين الوصيين على خمسة ، وإن أوصى

في الوصية الأولى وبه قال ربيعة ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وابن المنذر وأصحاب الرأي
وقال جابر بن زيد والحسن وعطاء وطاوس وداود وصيته للأخير منهما لانه وصى للثاني بما وصى
به للأول فكان رجوعاً كما لو قال ما وصيت به لفلان فهو لفلان ولان اثنية تنافي الأولى فاذا أتى
بها كان رجوعاً كما لو قال هذا لورثتي

ولنا انه وصى بها لهما فاستويا فيها كما لو قال وصيت لكما بهذه العين وما قاسوا عليه صرح فيه
بالرجوع عن وصيته للأول وفي مسئلتنا يحتمل انه قصد التثنية فلم تبطل وصية الآخر بالشك
(فصل) اذا وصى بعبد لرجل ثم وصى لآخر بشائه فهو بينهما أرباعاً وعلى قول الآخرين ينبغي
ان يكون للثاني ثلثه كاملاً وان وصى بعبد لاثنتين فرد أحدهما وصيته فلآخر نصفه وان وصى لاثنتين
بثاني ماله فرد الورثة ذلك ورد أحد الوصيين وصيته فلآخر الثلث كاملاً لانه وصى له به منفرداً
وإذا امتزجت فأكمل له كما لو انفرد به

(فصل) إذا أقر الوارث أن أباه وصى بالثلث لرجل وأقام آخر شاهدين أنه أوصى له بالثلث ،
فرد الوارث الوصيين وكان الوارث رجلاً عدلاً وشهد بالوصية حلف منه الموصى له واشترك في

٤٥٦ الوصية لرجل بمثل نصيب وارث ولا آخر بجزء مما بقي من المال (المفني والشرح الكبير)

لرجل بجميع ماله ولا آخر بمثل نصيب أحد ورثته فلي الوجه الاول لا يصح للموصي الاخر شيء في اجازة ولا رد وعلى الثاني يقسم الرصيان المال بينهما على خمسة في الاجازة والثالث على خمسة في الرد وعلى الثالث يقتسمان المال على سبعة في الاجازة والثالث على سبعة في الرد

(فصل) وان أوصى لرجل بمثل نصيب وارث ولا آخر بجزء مما بقي من المال ففيها أيضا ثلاثة أوجه (أحدها) أن يعطى صاحب النصف مثل نصيب الوارث إذا لم يكن ثم وصية أخرى (والثاني) أن يعطى مثل نصيبه من ثلثي المال (والثالث) أن يعطى مثل نصيبه بعد أخذ صاحب الجزء وصيته وعلى هذا الوجه يدخلها الدور وعليه التفريع : ومثاله رجل خلف ثلاثة بنين وصى بمثل نصيب أحدهم ولا آخر بنصف ، في المال فلي الوجه الاول لصاحب النصف الربع والآخر نصف الباقي وما بقي للبنين وتصح من ثمانية وعلى الثاني له السدس والآخر نصف الباقي وتصح من ستة وثلاثين ولا تفريع على هذين الوجهين لوضوحهما ، وأما على الثالث فيدخلها الدور ولعمري طرق (أحدها) أن تأخذ مخرج النصف فذقط منه سهمًا يبقى سهم فهو النصيب ثم زيد على عدد البنين واحداً نصير أربعة فتعزبها في المخرج تكن ثمانية فتعزبها سهمًا يبقى سبعة فهي للمال ، فلو وصى له بالنصيب سهم وللآخر نصف الباقي وهو أربعة وأكمل ابن سهم (طريق آخر) أن زيد على سهم البنين نصف سهم وتعزبها في المخرج تكن سبعة (طريق ثالث) ويسمى المكسر أن تأخذ سهام البنين وهي ثلاثة فتعزب هي بقية مال ذهب نصفه فإذا أردت تكبيله فزد عليه مثله ثم زد عليها مثل سهم ابن تكن سبعة (طريق رابع) أن تجعل المال سهمين ونصيباً وتدفع النصيب الى صاحبه والى الآخر سهمًا يبقى سهم للبنين يعدل ثلثه فالمال كله سبعة .

الثالث ، وبهذا قال أبو ثور ، وهو قياس قول الشافعي ، وقال أصحاب الرأي لا يشارك المقر له بناء منهم على أن الشاهد واليمين ليس بحجة شرعية ، وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بشاهد ويمين رواء مسلم ، وإن كانت المقر ليس بمعدل أو كان امرأة فالثالث لمن شهدت له البيعة ، لأن وصيته ثابتة ولم تثبت وصية الآخر وإن لم يكن لواحد منهما بيعة فأقر الوارث أنه أقر لفلان بالثالث أو بهذا العبد ، أو أقر لآخر به بكلام متصل فالمقر به بينهما ، وبهذا قال أبو ثور وأصحاب الرأي ، ولا نعلم فيه مخالفاً وإن أقر به لواحد ثم أقر به لآخر في مجلس آخر لم يقبل لإقراره لأنه ثبت للأول بإقراره فلا يقبل قوله فيما ينقص به حق الاول إلا أن يكون عدلاً فيشهد بذلك ويحلف معه المقر له فيشاركه كما لو ثبت للأول بيعة ، وإن أقر للثاني في المجلس بكلام منفصل ففيه وجهان (أحدهما) لا يقبل لأن حق الاول ثبت في الجميع فأشبهه ما لو أقر له في مجلس آخر (والثاني) يقبل لأن المجلس الواحد كالحال الواحدة .

مسئلة (وإن باعه أو وهبه أو رده كان رجوعاً)

إذا وهب الموصي به أو تصدق به أو أكله أو أطعمه أو ألقاه أو كان ثوباً لفصله ولبسه

وبالجبر تأخذ مالا فتلقى منه نصيبا يبقى مال إلا نصيبا وتدفع نصف الباقي الرصعي الآخر يبقى نصف مال إلا نصف نصيب يعدل ثلاثة أنصباء فأجبره بنصف نصيب وزده على الثلاثة يبقى نصفاً كاملاً يعدل ثلاثة ونصفاً فالمال كله سبعة

(فصل) فإن كانت الوصية اثمانية بنصف ما يبقى من الثلث أخذت مخرج النصف والثلث وهو ستة قصت منها واحداً يبقى خمسة فهي النصيب ثم تزيد واحداً على سهام البنين ونصيرها في المخرج تكن أربعة وعشرين تنقصها ثلاثة يبقى أحد وعشرون فهو المال فتدفع إلى صاحب النصيب خمسة يبقى من الثلث اثنان تدفع منهما سهماً إلى الرصعي الآخر يبقى خمسة عشر لكل ابن خمسة وبالطريق الثاني تزيد على سهام البنين نصفاً ونصيرها في المخرج تكن إحدى وعشرين وبالثالث تعمل كأمات في الأولى فإذا بلغت سبعة ضربتها في ثلاثة من أجل أن الوصية الثانية بنصف الثلث والرابع تجعل الثلث سهمين ونصيباً تدفع النصيب إلى صاحبه وإلى الآخر سهماً يبقى من المال خمسة أسهم ونصيبان تدفع نصيبين إلى ابنين يبقى خمسة لثالث فهي النصيب فإذا بسطتها كانت إحدى وعشرين وبالجبر تأخذ مالا فتلقى منه ثلثه نصيباً وتدفع إلى الآخر نصف باقي الثلث يبقى من المال خمسة أسداسه إلا نصف نصيب أجبره بنصف نصيب وزده على سهام البنين بصير ثلاثة ونصفاً تعدل خمسة أسداس أثلاث وحول بصير النصيب خمسة وكل سهم ستة تكن إحدى وعشرين

أو جارية فأحبها أو ما أشبه ذلك فهو رجوع . قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم أنه إذا أوصى لرجل بطعام فأكله أو بشيء فأتلفه أو وهبه أو تصدق به أو بجارية فأحبها أو أولادها فإنه يكون رجوعاً ، وكذلك إن باعها ، وحكي عن أصحاب الرأي أن بيعه ليس برجوع لأنه أخذ بدله بخلاف الهبة .

ولنا أنه أزال ملكه عنه ، فكان رجوعاً كما لو وهبه وإن عرضه على البيع أو وصى ببيعه أو أوجب الهبة فلم يقبها الموهوب له كان رجوعاً لأنه يدل على اختياره للرجوع ووصيته ببيعه أو اعتاقه رجوع لكونه وصي بما ينافي الوصية الأولى وإن رهنه كان رجوعاً لأنه علق به عقلاً يجوز بيعه ، فكان أعظم من عرضه على البيع ، وفيه وجه آخر أنه ليس برجوع ، وهو وجه لأصحاب الشافعي لأنه لا يزيل الملك أشبهه إجارته

(مسئلة) (وإن كاتبه أو دبره أو جعد الوصية فعلى وجهين)

(أحدهما) يكون رجوعاً لأن الكتابة بيع والتدبير أقوى من الوصية لأنه ينتجز بالموت فسبق أخذ الموصى له وجعد الوصية رجوع لأنه لا يدل على الرجوع ولأن جعده يدل على أنه لا يريد إيصاله إلى الموصى له .

(فصل) فان اوصى لثلاث برع المال فخذ الخارج وهي اثنان وثلاثة وأربعة واضرب بعضها في بعض تكن أربعة وعشرين وزد على عدد البنين واحدا تصير أربعة واضربها في أربعة وعشرين تكن ستة وتسعين انقص منها ضرب نصف سهم في أربعة وعشرين وذلك اثني عشر يبقى أربعة وثمانون فهي المال ثم انظر الاربعة وعشرين فانقص منها سدسها لاجل الوصية الثانية وربعها لاجل الوصية يبقى أربعة عشر فهي النصيب فادفعها الى الموصى له بالنصيب ثم ادفع الى الثاني نصف ما يبقى من الثلث وهو سبعة والى الثالث ربع المال إحدى وعشرين يبقى اثنان وأربعون لكل ابن أربعة عشر وبالمطريق الثاني تزيد على عدد البنين نصف سهم وتضرب ثلاثة ونصف في أربعة وعشرين تكن أربعة وثمانين وبالمطريق الثالث تعمل في هذه كما عملت في التي قبلها فاذا بلغت إحدى وعشرين ضربتها في أربعة من اجل الربع تكن أربعة وثمانين وبالمطريق النصيب تفرض المال ستة أسهم وثلاثة أنصبا. تدفع نصيبا الى صاحب النصيب والى الآخر سهم والى صاحب الربع سهم ونصفا وثلاثة ارباع نصيب ويبقى من المال نصيب وربع وثلاثة أسهم ونصف لورثة يعدل ثلاثة أنصبا. فأسقط نصيبا وربعاً بمثلها يبقى ثلاثة أسهم ونصف يعدل نصيبا وثلاثة ارباع فانصيب إذا سهمان فأبسط الثلاثة الا نصيبا تكن ستة فصار المال اثني عشر ومنها يصح لصاحب النصيب سهمان والآخر نصف باقي الثلث سهم ولصاحب الربع ثلاثة تبقى ستة لكل ابن سهمان وهذا أخصر واحسن وبالجبر تأخذ مالا تدفع منه نصيبا يبقى مال إلا نصيبا تدفع نصف بقي ثلثه وهو سدس الا نصف نصيب يبقى من المال خمسة أسداس الا نصف نصيب تدفع منها ربع المال يبقى ثلث وربعه الا نصف نصيب يعدل

و (الثاني) لا يكون رجوعا لآل الكتابة والتدبير لا يخرج بهما عن ملكه ولان الوصية عقد فلا تبطل بالجحود كسائر العقود وهو رواية عن أبي حنيفة .
 ﴿مسئلة﴾ (وإن خلطه بغيره على وجه لا يتميز منه كان رجوعا)

لانه يتعذر تسليمه فيدل على رجوعه ، وان خلطه بما يتميز منه لم يكن رجوعا ، لانه لا يمنع التسليم وان أزال اسمه فظن الحنطة أو عجن الدقيق أو خبز الحنطة أو جعل الخبز قتيلاً فهو رجوع لانه أزال اسمه وذكره القاضي لانه أزال اسمه وعرضه للاستعمال ، وذلك دليل على رجوعه وهذا قال الشافعي ، وعلى قياس ذلك اذا نجر الحشبة باباً ونحوه لانه أزال اسمه فهو في معناه ، وان كان قطناً أو كتناً فغزله ، أو غزلا فنسجه ، أو ثوباً فقطعه ، أو بقرة فضرها ، أو شاة فذبها كان رجوعاً ، وبه قال أصحاب الرأي والشافعي في ظاهر مذهبه ، واختار أبو الخطاب أنه ليس برجوع وهو قول أبو ثور لانه لا يزيل اسمه ولنا أنه عرضه للاستعمال فكان رجوعاً لأن فعله يدل على الرجوع ، وقولهم انه لا يزيل اسمه لا يصح فان الثوب لا يسمى غزلاً ، والنزل لا يسمى كتناً .

(فصل) وان حدث بالموصى به ما يزيل اسمه من فعل الموصي مثل ان سقط الحب في الارض

ثلاثة أنصبا، اجبر وقابل وقلب وحول يكن النصيب سبعة والمال اثنين وأربعين ثم نضر بها في اثنين
يعزول الكسر يرجع الي أربعة وثمانين

(فصل) فان كانت الوصية الثالثة برقع ما بقي من المال بعد الوصيتين الاولين فاعملها بطريق
النصيب كما ذكرنا يبقى معك ثلاثة أسهم وثلاثة ارباع تعدل نصيبا ونصفا أبسطهما أرباعا تكن السهام
خمس عشرة والا نصبا ستة توافقهما ورددتهما الى وفقهما نصيب خمسة اسهم تعدل نصيبين اثلث واجعل
النصيب خمسة والسهم اثنين وابسط ما معك يصير ستة وعشرين فادفع خمسة الى صاحب النصيب
والى الآخر نصف باقي الثالث سهمين والى الآخر ربع الباقي خمسة يبقى خمسة عشر لكل إن خمسة
وهذا الطريق أخسر وان عملت بالطريق الثاني اخذت أربعة وعشرين فنقصت سدسها وربع الباقي
يبقى خمسة عشر فهي النصيب ثم زدت على عدد البنين سهمها ونقصت نصفها وربع الباقي منه يبقى
ثلاثة اثنان ردها على سهام البنين تكن ثلاثا وثلاثة اثنان نضر بها في أربعة وعشرين تكن احدى وثمانين
ومنها نصح وبالجبر تفضي الى ذلك ايضا

(فصل) وان خاف أما وأختا وعمأ وأوصى لرجل بمثل نصيب العم ومدس ما يبقى ولا آخر بمثل
نصيب الام وربع ما يبقى ولا آخر بمثل نصيب الاخت وثالث ما يبقى فاعملها بالانكوس وقل أصل
المسألة ستة فابدأ بأخر الوصايا قل هذا مال ذهب ثمانية فرد عليه نصفه ثلاثة ومثل نصيب الاخت
ثلاثة صارت اثني عشر ثم قل هذا بقية مال ذهب ربعة فرد عليه ثلثه ومثل نصيب الام ستة صار
ثمانية ثم قل هذا بقية مال ذهب سبعة فرد عليه سدسه ونصيب العم صار اثنين وعشرين ومنه نصح

فصار زرعاً أو أنهدمت الدار فصارت فضاء في حياة الموصي بطلت الوصية بها لان الباقي لا يتناول الاسم
وهو اختيار القاضي وذكر أبو الخطاب في الدار اذا أنهدمت وزال اسمها وجهاً أنه لا يكون رجوعاً
لان الموصي لم يقصد ذلك والاول أولى وان كان أنهدم الدار لا يزيل اسمها سلمت اليه.

﴿مسئلة﴾ (وان زاد في الدار عمارة أو أنهدم بعضها فهل يستحقه الموصى له ؟ على وجهين :
(أحدهما) : لا يستحقه لان الزيادة لم تتناولها الوصية والانقاض لا تدخل في مسمى الدار وإنما
يتبع الدار في الوصية وما يتبعها في البيع . و (الوجه الآخر) : يدخلان في الوصية لان الزيادة تابعة
للموصى به فأشبهه بمن العبد وتعليمه والمهدم قد دخل في الوصية فتبقى الوصية ببقائه .

﴿مسئلة﴾ (وان وصى له بمقيز من صبرة ثم خلط الصبرة بأخرى لم يكن رجوعاً سواء خلطها
بمثلها أو خير منها او دونها لانه كان مشاعا وبقي مشاعا وقيل ان خلطه بخير منه كان رجوعا لانه
لا يمكنه تسليم الموصى به الا بتسليم خير منه ولا يجب على الوارث تسليم خير منه فصار متعذرا التسليم
بخلاف ما اذا خلطه بمثله او دونه .

(فصل) نقل الحسن بن ثواب عن احمد في رجل قال هذا ثلثي لفلان ويعطي فلان منسمة مائة

(فصل) في الاستثناء، إذا خلف ثلاثة بنين وأوصى بمنزل نصيب أحدهم الأربعة المال فخذ مخرج الكسر أربعة وزد عليها سهماً تكن خمسة، فهذا النصيب يزدد على عدد البنين واحداً واضربه في مخرج الكسر تكن ستة عشر تدفع إلى الوصي خمسة وتستثنى منه أربعة يبقى لهم سهم ولكل ابن خمسة، وإن شئت خصصت كل ابن ربع وقسمت الربع الباقي بينه وبينهم على أربعة فإن قال الأربعة الباقي بعد النصيب فزد على سهام البنين سهماً وربما واضربه في أربعة تكن سبعة عشر للوصي سهمان ولكل ابن خمسة وبالجبير تأخذ مالا وتدفع منه نصيباً إلى الموصي له وتستثنى منه ربع الباقي وهو ربع مال الأربعة نصيب صار معك مال وربع الأربعة نصيباً وربما يعدل أنصباة البنين وهي ثلاثة اجبر وقابل يخرج النصيب خمسة والمال سبعة عشر فإن قال الأربعة الباقي بعد الوصية جعلت المخرج ثلاثة وزدت عليه ثلثه صار أربعة فهو النصيب وتزيد على عدد البنين نصيباً وثلاثاً واضربه في ثلاثة تكن ثلاثة عشر فهو المال وإن شئت قلت المال كله ثلاثة أنصباة، ووصية والوصية هي نصيب الأربعة الباقي بعدها وذلك ثلاثة أرباع نصيب فيبقى ربع نصيب فهو الوصية وتبين أن المال كله ثلاثة وربع أبسطها تكن ثلاثة عشر، ولهذا المسائل طرق سوى ما ذكرنا والله أعلم

(فصل) وإن قل أوصيت لك بمنزل نصيب أحد بني الأربعة ما يبقى من الثلث فخذ مخرج الكسر ثلث اثلاث وهو تسعة وزد عليها سهماً تكن عشرة فهي النصيب وزد على أنصباة البنين سهماً وثلاثاً واضرب ذلك في تسعة تكن تسعة وثلاثين ادفع عشرة إلى الوصي واستثنى منه ثلث بقية الثلث سهم يبقى له تسعة ولكل ابن عشرة، وإن قال الأربعة ما يبقى من الثلث بعد الوصية جعلت المال ستة

في كل شهر إلى أن يموت فهو للأخر منها ويعطى هذا مائة في كل شهر فإن مات وفضل شيء رد إلى صاحب الثلث فحكم بصحة الوصية وانفاذها على ما أمر به الموصي .

﴿مسئلة﴾ (وإن وصى لرجل بشيء ثم قال ان قدم فلان فهو له ، فقدم في حياة الموصي فهو له لانه جعله له بشرط قدومه وقد وجد الشرط ، وإن قدم بعد موت الموصي فهو للأول في أحد الوجهين ، لانه لما مات قبل قدومه انتقل إلى الأول لعدم انشراط في الثاني وقدم الثاني بعد ملك الأول له وانقطاع حق الموصي منه فيبقى للأول ، ذكره القاضي ، وفي الوجه الثاني هو للقادم لانه مشروط له بقدومه فأشبهه ما لو قال ان حملت نخلتي بعد موتي فهو لفلان ، فحملت بعد موته فانه يستحق حملها ، بعد ملك الوريثة لأصلها .

(فصل) إذا وصى بأمة تزوجها الحر قبلها انفسخ النكاح ، لان النكاح لا يجتمع مع ملك العبد وظاهر المذهب ان الموصي له أنما ملك الموصي به بالقبول فينفذ بنفسه النكاح ، وفيه وجه آخر انه اذا قبل تبين ان الملك كان ثابتاً من حين موت الموصي فتبين ان النكاح انفسخ من حين موت الموصي فان انت بولد لم يخل من ثلاثة احوال .

وزدت عليها صارت سبعة فهذا هو النصيب وزدت على أنصبا البنين مئمة ونصفا وضررت به في ستة صار سبعة وعشرين ودفعت الى الوصي سبعة وأخذت واحدة من نصف بقية الثلث بقي معه ستة وبقي أحد وعشرون لكل ابن سبعة وإنما كان كذلك لأن الثلث بعد الوصية هو النصف بعد النصيب ومتى أطلق الاستثناء فلم يقل بعد النصيب ولا الوصية فعند الجمهور يحمل على ما بعد النصيب وعند محمد ابن الحسن والبصريين يكون بعد الوصية

(فصل) فان قال الا خمس ما بقي من المال بعد النصيب ولا آخر بثلث ما بقي من المال بعد وصية الاول فخذ الجميع خمسة وزد عليها خمسا تكن ستة انقص ثلثها من أجل الوصية بالثلث يبقى أربعة فهي النصيب ثم خذ مئمة وزد عليه خمسة وانقص من ذلك ثلثه يبقى أربعة أخماس زدها على أنصبا البنين واضربها في خمسة نصر تسعة عشر فهي المال ادفع إلى الاول أربعة واستثن منه خمس الباقي ثلاثة يبقى معه سهم فادفع الى الآخر ثلث الباقي ستة يبقى اثني عشر لكل ابن أربعة وبالجمبر خذ مالا والقي منه نصيبا واسترجع منه خمس الباقي بصر معك مال وخمس الا نصيبا وخمسا الق منه ثلث ذلك يبقى أربعة أخماس مال الا أربعة أخماس نصيب تعدل ثلاثة أنصبا أجبر وقابل وأبسط يكن المال تسعة عشر والنصيب أربعة، وإن شئت قلت أنصبا البنين ثلاثة وهي بقية مال ذهب ثلثه فزد عليه نصفه بصر أربعة أنصبا ونصفا ووصية والوصية هي نصيب الا خمس الباقي وهو نصف نصيب وخمس نصيب وخمس وصية أسقطه من النصيب يبقى خمس نصيب وعشر نصيب الا خمس وصية تعدل وصية أجبر وقابل وأبسط نصر ثلاثة من النصيب تعدل اثني عشر مئمة من

(احدها) ان تكون حاملا حين الوصية ويعلم ذلك بأن تأتي به لاقل من ستة اشهر منذ اوصى فالصحيح انه يكون موصى به معها لان للحمل حكما ولهذا تصح الوصية به وله وإذا صححت الوصية به منفردا صححت به مع امه فيصير كما لو كان من نصلا فوصى بهما جميعا وفيه آخر لا حكم للحمل فلا يدخل في الوصية وإنما يثبت له الحكم عند انفصاله كأنه حدث حينئذ فعلى هذا ان انفصل في حياة الموصي فهو كسائر كسبها، وإن انفصل بعد موته وقبل القبول فهو للورثة على ظاهر المذهب وان انفصل بعده فهو للموصي .

(الحال الثاني) ان تحمل به بعد الوصية ويعلم ذلك بأن تضعه بعد ستة اشهر من حين اوصى لانها ولدته لمدة الحمل بعد الوصية فيحتمل انها حملته بعدها فلم تتناولها والاصل عدم الحمل حال الوصية فلا تثبت بالشك فيكون مملوكا للموصي ان ولدته في حياته وإن ولدته بعده وقتلنا للحمل حكم فكذلك وان قلنا لا حكم له فهو للورثة ان ولدته قبل القبول ولا ييه ان ولدته بعده وكل موضع كان الولد الموصى له فانه يتق عليه بأنه ابنه وعليه ولاء لانيه لانه عتق عليه بالقرابة وامهامة ينسخ نسكها بالملك ولا يصير ام ولد لانها لم تعلق منه بحر في ملكه

الوصية وهي تنفق بالاثلاث فردها على وقفها يصير سهماً يعدل أربعة فالوصية سهم والنصيب أربعة فإبسطها تكن أربعة عشر فان كان الاستثناء بعد الوصية قلت المال أربعة أسهم ونصف ووصية وهي نصيب الا خمس الباقي وهو تسعة أعشار نصيب يبقى عشر نصيب فهو الوصية فإبسط الكل أعشاراً تكن الانصبة خمسة واربعين والوصية سهم وإن كان استثنى خمس المال كله فالوصية عشر نصيب الا خمس وصية أجبر بصير العشر يعدل وصية وخمسا أبسط يصير النصيب ستين والوصية خمسة والمال كله مائتان وخمسة وسبعون الق منها ستين واسترجع منه خمس للمال وهو خمسة وخمسون يبقى له خمسة والآخر ثلث الباقي تسعون ويبقى مئة وثمانون لكل ابن ستون وترجم بالاخصار الى خمسها وذلك خمسة وخمسون للوصي الاول سهم وثمانية عشر لكل ابن اثنا عشر وبالجزر تأخذ مالا تلقى منه نصيباً وتزيد على المال خمسة بصير مالا وخمسا الا نصيباً الق ثلث ذلك يبقى أربعة أخماس مال الانصبة نصيب يعدل ثلاثة اجبر وقابل وإبسط يكن المال ثمانية عشر وثلاثة اضربها في ثلاثة يلزول الكسر بصير خمسة وخمسين وإن كان استثنى الخمس كله وأوصى بالثلث كله فخذ مخرج الكسر من خمسة عشر وزد عليها خمسها ثم انقص ثلث المال كله يبقى ثلاثة عشر فهي النصيب وزد على انصبة البنين سهماً واضرب به في المال يكن ستين وهو المال ، وان كان استثنى خمس الباقي وأوصى بثلث المال كله فاعمل كذلك الا أنك تزيد على سهام البنين سهماً وخمسا وتضربها تكن ثلاثة وستين ، وان كان استثنى خمس ما بقي من الثلث زدت على الخمسة عشر سهماً واحداً فصارت ستة عشر ثم تقصت ثلث المال كله بقي أحد عشر فهو النصيب ثم زدت سهام البنين سهماً وخمسا وضربتها في خمسة عشر تكن ثلاثة وستين تدفع الى الوصي الاول

(الحال الثالث) ان تحمل بعد موت الموصي وقبل القبول ويعلم ذلك بأن تضعه لاكثر من ستة اشهر من حين الموت فان وضعته قبل القبول فهو للوارث في ظاهر المذهب لان الملك انما يثبت للموصي له بعد القبول وعلى الوجه الآخر يكون للموصي له ، وان وضعته بعد القبول فكذلك لان الظاهر ان للحمل حكماً فيكون حادثاً على ملك الوارث وعلى الوجه الآخر يكون للموصي له فعلى هذا يكون حراً لا ولاء عليه لانها ام ولد لكونها علقت منه بحر في ملكه فهو كما لو حملت به بعد القبول ومذهب الشافعي في هذا الفصل قريب مما قلناه ، وقال ابو حنيفة اذا وضعت بعد موت الموصي دخل في الوصية بكل حال لانها تستقر بالموت وتنزيم فوجب ان تسرى الى الولد كالاستيلاء

ولنا انها زيادة منفصلة حادثة بعد عقد الوصية فلا تدخل فيها كالكسب وكما لو وصى بعتق جارية فولدت ويقارق الاستيلاء لان له تغليبا وسراية وهذا التفريع فيما اذا خرجت من الثلث وان لم تخرج من الثلث ملك منها بقدر الثلث وانفسخ النكاح لان ملك بعضها يفسخ النكاح كذلك جميعها وكل موضع يكون الولد لايه فانه يكون له منه ههنا بقدر ما ملك من أمه ويسري العتق الى باقيه إن كان موسراً وان كان موسراً فقد عتق منه ما ملك وحده وكل موضع قلنا تكون أم ولد فانها تصير أم ولد ههنا

أحد عشر وتسعيني منه خمس بقية الثلث سهمين يبقى معه تسعة وتدفع الى صاحب الثلث إحدى وعشرين يبقى ثلاثة وثلاثون لكل ابن أحد عشر فان كانت الوصية الثانية بثلث باقي المال زدت على الخمسة عشر واحداً ثم نقصت ثلث الستة عشر ولا ثلث لها فاضربها في ثلاثة تكن ثمانية وأربعين انقص ثلثها يبقى اثنان وثلاثون فهي النصيب وخذ سهماً وزد عليه خمسة ثم انقص ثلث ذلك من أجل الوصية بثلث الباقي يبقى أربعة أخماس زدها على سهام الورثة واضربها في خمسة وأربعين تكن مائة وإحدى وسبعين منها تصح

(فصل) فان خلف أربعة بنين وأوصى لرجل بثلث ماله إلا نصيب أحدهم أو أوصى له بتكيلة الباك على نصيب أحدهم فيه انقسم وحسابها أن تدفع الى الوصي وابن ثلث المال يبقى ثلثا لثلاثة بنين لكل واحد تسعان فعملت أن نصيب الابن من الثلث تسعان يبقى سهم للوصي وان وصى لآخر بخمس ما يبقى من المال بعد الوصية الاولى عززت ثلث المال ثم أخذت منه نصيباً ورددته على الثلثين ودفعت الى الوصي الثاني خمس ذلك يبقى من المال ثلثه وخمسه وأربعة أخماس نصيب للورثة فاقطع أربعة أخماس نصيب بثلثا يبقى له ثلاثة وخمس تعادل ثلثاً وخمسا فنصف المال إذا يعدل ثلاثة أنصباء والمال كله ستة الوصيين والبنين لكل واحد سهم

(طريق آخر) سهام البنين أربعة وهي بقية مال ذهب خمسة فرد عليه ربعه للوصي الثاني صارت خمسة ثم زد على سهم ابن ما يكل به الثلث وهو سهم آخر فصارت ستة ، وان شئت فرغمت المال خمسة أسهم وتكيلة ودفعت التكيلة الى صاحبها وخمس الباقي الى صاحبه ويبقى لكل ابن سهم ، وقد

سواء كان موسراً أو معسراً على قول الحنفي كما إذا استولد الامة المشتركة وقال القاضي يصير منها أم ولد بقدر ماملك منها وهذا مذهب الشافعي والله أعلم

(فصل) قال رضي الله عنه (وتخرج الواجبات من رأس المال أوصى بها أو لم بوص كقضاء الدين والحبس والزكاة) لان حق الورثة بعد أداء الدين لقوله سبحانه (من بعد وصية يوصي بها أو دين) وقال علي رضي الله عنه ان رسول الله ﷺ بدأ بالدين قبل الرقة ذوات الترمذي والواجب لحق الله سبحانه بمنزلة الدين لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « دين الله أحق أن يقضى » فنوصى بها بغير اعتبار الثلث من الباقي فيخرج الواجب أولاً من رأس المال ثم يخرج ثلث الباقي كمن تكون تركته أربعين فيوصي بثلث ماله وعليه دين عشرة فتخرج العشرة أولاً وتدفع إلى الموصى له بالثلث عشرة وهي ثلث الباقي بعد الدين

(مسألة) (وان قال اخرجوا الواجب من ثلثي أخرج من الثلث وتدم من رأس المال على ما قال الموصي كأنه قصد إرفاق ورثته بذلك فان كان معها وصية يتبرع فقال القاضي يبدأ بالواجب فان فضل عنه من الثلث شيء فهو لصاحب التبرع وإن لم يفضل منه شيء سقط وذلك لان الدين يجب

علت أن سهم ابن مع التركة ثلث المال وإن بقي بعدها الثلثان وهي أربعة أسهم تقابل بهما نصف الأربعة وهي سهمان فتبين أن التركة سهم

(فصل) وإن أوصى لرجل بمثل نصيب أحد بنيه ومثل ثلاثة ولا آخر بثلث ما يبقى من الثلث ولا آخر بدرهم فاجعل المال تسعة دراهم وثلاثة أيضا فادفع إلى الوصي الأول نصيبا وإلى الثاني والثالث درهمين بقي سبعة ونصيبان ادفع نصيبين إلى ابنتين يبقى سبعة للإبن الثالث فالنصيب سبعة والمال ثلاثون فإن كانت الوصية الثلاثة بدرهمين فالنصيب ستة والمال سبعة وعشرون

(فصل) وإن ترك ستمائة ووصى لأجنبي بمائة ولا آخر بنام الثالث فلكل واحد منهما مائة فإن رد الأول وصيته فلا آخر مائة، وإن وصى للأول بمائتين وللآخر بباقي الثلث فلا شيء للثاني سواء رد الأول وصيته وأجازها، وهذا قياس قول الشافعي وأهل البصرة، وقال أهل العراق إن رد الأول للثاني مائتان في المسألتين

ولنا أن المائتين ليست باقي الثلث ولا تتمته فلا يكون موصى بها للثاني كما لو قبل الأول، ولو وصى لوارث بثمته ولا آخر بنام الثلث فلا شيء للثاني وعلى قول أهل العراق له الثلث كاملا

(فصل) وإن أوصى لرجل بثلث ماله ولا آخر بمائة ولثالث بتمام الثلث على المائة ولم يزد الثلث على مائة بطلت وصية التمام، وإن زاد على مائة وأجاز الورثة أمضيت وصاياهم على ما أوصى لهم به وإن ردوا فنيه وجهان (أحدهما) يرد كل واحد منهما إلى نصف وصيته لأن الوصايا رجعت إلى نصفها فيدخل النقص على كل واحد بقدر ماله في الوصية كسائر الوصايا (والثاني) لا شيء لصاحب

البداء به قبل الميراث والتبرع فإذا عينه في الثلث وجب البداية به وما فضل للتبرع فإن لم يفضل شيء سقط لأنه لم يوص له بشيء إلا أن يحجز الورثة فيعطى ما أوصى له به وقال أبو الخطاب يزاحم به أصحاب الوصايا فيحتمل ما قاله القاضي ويحتمل أن يقسم الثلث بين الواجب والتبرع بالحصص فما بقي من الواجب تم من الثنتين فيدخله الدور ويحتاج إلى العمل بطريق الخبر فلو كان المال ثلاثين قالوا يجب عشرة والوصية عشرة فاجعل تمة الواجب شيئا يبقى ثلاثون إلا شيئا فثلاثة عشرة إلا ثلث شيء أقسمها بين الواجب والتبرع يحصل للواجب خمسة إلا سدس شيء فإذا أضفت إليها الشيء الذي هو تمة الواجب كان عشرة فأجبر الخمسة من الشيء بسدسه يبقى خمسة أمداس شيء تعدل خمسة فتبين أن الشيء ستة وللوصي الآخر وهو صاحب التبرع أربعة

(فصل) فإن كان عليه دين خمسة أيضا عزلت تمة الواجب شيء وتمة الدين نصف شيء بقي ثلث المال عشرة إلا نصف شيء فاقسمه بين الوصايا فيحصل للواجب أربعة إلا خمس شيء أضف إليها تتمته يصير شيئا وأربعة إلا خمس شيء يصير عشرة وبعد الخبر نصير أربعة أخماس تعدل ستة فرد على الستة وبها تكن سبعة ونصفها تعدل شيئا فالشيء سبعة ونصف ونصف الشيء ثلاثة ونصف وربيع

التمام حتى تكمل المائة لصاحبها ثم يكون الثالث بين الوصية الآخرين نصفين ويزاحم صاحب المائة صاحب التمام ولا يعطيه شيئاً لأنه إنما يستحق بعد تمام المائة لصاحبها وماتت له ويجوز أن يزاحمه ولا يعطيه كالأخ من الابوين يزاحم الجد بالأخ من الأب ولا يعطيه شيئاً
 (مسئلة) قال (وإذا أوصي لزيد بنصف ماله ولعمرو بربع ماله ولم يجر ذلك الورثة فالتفت بينهما على ثلاثة أسهم : لعمرو سهم ولزيد سهمان)

وجعلته أنه إذا أوصى بأجزاء من المال أخذتها من مخرجها وقدمت الباقي على الورثة ، وإن لم يجرزوا قسمت الثالث بين الأوصياء على قدر سهامهم في حال الإجازة وقدمت الثلثين على الورثة ، ولا فرق بين أن يكون الموصى لم من تجاوز وصيته الثالث أو لا . هذا قول الجمهور منهم الحسن والنخعي ومالك وابن أبي ليلى والثوري والشافعي وإسحاق وأبي يزدف ومحمد . وقال أبو حنيفة وأبو ثور وابن المنذر : لا يضرب الموصى له في حال الرد بأكثر من الثالث لأن ما جاوز الثالث باطل فكيف يضرب به ؟ ولنا أنه فاضل بينهما في الوصية فلم يجرز التسوية كما أوصى بثالث وربع أو بمائة ومائتين وماله أربع مائة وهذا يبطل ما ذكره ، ولأنها وصية صحيحة ضاق عنها الثالث فتقسم بينهم على قدر الوصايا كالثالث والربع وليس الأمر على ما قالوه في بطلان الوصية فإن الوصية صحيحة على ما ذكرناه فيما مضى ، ففي هذا إذا أوصى لزيد بنصف ماله ولعمرو بربعه فلا موصى لهما ثلاثة أرباع المال إن أجاز الورثة ويبقى لهم الربع ، وإن ردوا فالثالث بين الوصيين على ثلاثة والمسئلة كلها من تدعة ، وإن أجازوا

وبقية المال ثمانية عشر وثلاثة أرباع ثلثها ستة وربع للدين خمسها أحد وربع إذا ضمت إليه تمتد كل خمسة وللواجب اثنان ونصف يكمل بتمته وللصدقة اثنان ونصف ، وفي عملها طريق آخر وهو أن يقسم الثلث بكامله بين الوصايا بالقسط ثم ما بقي من الواجب أخذته من الورثة وصاحب التبرع بالقسط ففي المسئلة الأولى يحصل للواجب خمسة يبقى له خمسة يأخذ من صاحب التبرع ديناراً ومن الورثة أربعة وفي المسئلة الثانية حصل للواجب أربعة وبقي له ستة وحصل للدين دينار وبقي له ثلاثة فيأخذان ما بقي لهما وذلك تسعة من الورثة نصفها وثلثها وذلك سبعة ونصف ومن صاحب التبرع سدسها دينار ونصفها للواجب منها ثلثاها وللدين ثلثها فإن أوصى بالواجب وأطلق فهو من رأس المال فيبدأ باخراجه قبل التبرعات والميراث فإن كانت وصية ثم تبرع فلصاحبها ثلث الباقي وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي وذهب بعضهم إلى أن الواجب من الثالث كالقسم الذي قبله لأنه إنما يملك الوصية بالثالث .

ولنا أن الواجب من رأس المال وليس في وصيته ما يقتضي تغييره فيبقى على ما كان عليه كما لو لم يوص به وقولهم لا يملك الوصية إلا بالثالث قلنا في التبرع وأما في الواجبات فلا ينحصر في الثلث
 (الفني والشرح الكبير) (٥٩) (الجزء السادس)

لا أحدهما دون صاحبه ضربت مسألة الرد في مسألة الاجازة وأعطيت المجاز له سهمه من مسألة الاجازة في مسألة الرد والمردود عليه سهمه من مسألة الرد مضروبا في مسألة الاجازة ، وان أجاز بعض الورثة لهما ورد الباقيون عليهما أعطيت المميز سهمه من مسألة الاجازة في مسألة الرد ومن لم يميز سهمه من مسألة الرد مضروبا في مسألة الاجازة وقسمت الباقي بين الرصيين على ثلاثة ، وان اتفقت المسثلتان ضربت وفق إحدهما في الاخرى ومن له سهم من إحدى المسثلتين مضروب في وفق الاخرى ، وان دخلت إحدى المسثلتين في لاخرى اجتزأت بأكثرهما في مسألة الخرق هذه إذا كان الورثة أما وثلاث أخوات متفرقات فأجازوا فالمسئلة من أربعة : للرصيين ثلاثة يبقى سهم على ستة تضربها في أربعة تكن أربعة وعشرين ، وان ردوا فللرصيين الثلث ثلاثة ويبقى ستة على المسئلة وهي ستة وتصح من تسعة وان أجازوا لصاحب النصف وحده ضربت وفق التسعة في أربعة وعشرين تكن اثنين وسبعين لصاحب النصف اثنا عشر في ثلاثة ستة وثلاثون والآخر سهم في ثمانية ثمانية يبقى ثمانية وعشرون للورثة وإن أجازت الأم لهما ورد الباقيون عليهما أعطيت الأم سهما في ثلاثة والباقي خمسة أسهم في ثمانية صار الجميع ثلاثة وأربعين يبقى تسعة وعشرون بين الرصيين على ثلاثة ، وان أجازت الاخت من الابوين وحدها فلها تسعة والباقي الورثة أربعة وعشرون ويبقى تسعة وثلاثون لهما على ثلاثة لصاحب النصف ستة وعشرون والآخر ثلاثة عشر

(فصل) اذا جاوزت الوصايا المال فاقسم المال بينهم على قدر وصاياهم مثل العول واجعل وصاياهم كالفروض التي فرضها الله تعالى للورثة اذا زادت على المال ، وان ردوا قسمت الثلث بينهم على ثلاث

ولا يتقيد به فان اوصى بالواجب وقرن به الوصية تبرع مثل ان يقول حجوا عني وأدوا ديني وتصدقوا عني ففيه وجهان (اصحهما) ان الواجب من رأس المال لان الاقتران في اللفظ لا يدل على الاقتران في الحكم ولا في كفيته ولذلك قال الله تعالى (كلوا من ثمره اذا امر وآتوا حقه يوم حصاده) والاكل لا يجب والابتاء يجب ولانه ههنا قد عطف غير الواجب عليه فكما لم يستويا في الوجوب لا يلزم استواءهما في محل الاخراج (والثاني) انه من الثلث لأنه قرن به ما مخرجه من الثلث والله سبحانه وتعالى اعلم

(باب الموصى له)

تصح الوصية لكل من يصح تملكه من مسلم وذمي وحربي ومرتد ، أما وصية المسلم للذمي فلا نعلم فيه خلافا وبه قال شريح والشعبي والثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي قال محمد بن الحنفية في قوله تعالى (إلا أن تفعلوا إلى أوليائكم معروفات) هو وصية المسلم لليهودي والنصراني ولان الهبة تصح له فصحت الوصية كالمسلم وتصح وصية الذمي للمسلم لانه اذا صحت وصية المسلم للذمي

السهم ، وهذا قول النخعي ومالك والشافعي ، قال سعيد بن منصور ثنا أبو معاوية ثنا عاصم الثقفي قال قال لي ابراهيم النخعي ما تقول في رجل أوصى بنصف ماله وثلث ماله وربيع ماله ؟ قلت لا يجوز قال فانهم قد أجازوا قلت لا أدري ؟ قال امسك اثني عشر فأخرج نصفها ستة وثلاثها أربعة وربيعها ثلاثة فاقسم المال على ثلاثة عشر فلصاحب النصف ستة ولصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة ، وكان ابو حنيفة يقول : يأخذ أكرم وصية مما يفضل به على من دونه ثم يقتسمون الباقي ان أجازوا وفي الرد لا يضرب لأحدم بأكثر من اثلاث وان تقص بعضهم عن الثلث أخذ أكرم ما يفضل به على من دونه ، ومثال ذلك رجل أوصى بثلثي ماله ونصفه وثلثه فإلّا بينهم على تسعة في الاجازة والثلث بينهم كذلك في الرد كسئلة فيها زوج وأختان لأب وأختان لام ، وقال أبو حنيفة : صاحب الثلثين يفضلهما بسدس فيأخذه وهو وصاحب النصف يفضلان صاحب الثلث بسدس فيأخذانه بينهما نصفين ويقتسمون الباقي بينهم أثلاثا ، ونصح من ستة وثلاثين : لصاحب اثنين سبعة عشر ولصاحب النصف أحد عشر ، ولصاحب الثلث ثمانية ، وإن ردوا قسم بينهم على ثلاثة ، ولو أوصى لرجل بجميع ماله ولا آخر بثلاثة فإلّا بينهم على أربعة إن أجازوا والثلث بينهما كذلك في حال الرد وعند أبي حنيفة إن أجازوا فلصاحب المال الثمان يتفرد بهما ويقاسم صاحب الثلث فيحصل له خمسة أسداس ولصاحب الثلث السدس وإن ردوا اقتسما الثلث نصفين فلا يحصل لصاحب الثلث الا السدس في الاجازة والرد جميعا ، ولو جعل مكن الثلث سدسا لكان لصاحب المال خمسة أسداسه في الاجازة ويقاسم صاحب السدس

فوصية الذمي للمسلم أولى وحكم وصية الذمي حكم وصية المسلم فيما ذكرنا ، وتصح الوصية للحربي وان كان في دار الحرب نص عليه أحمد وبه قال مالك وأكثر أصحاب الشافعي ، وقال بعضهم لا تصح وهو قول أبي حنيفة لان الله تعالى قال (لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبرؤم وتسخطوا اليهم) الآية الى قوله (انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين واخرجوكم من دياركم) الآية فدل على أن من قاتلنا لا يحل براء

ولنا انه تصح هبة نصحت الوصية له كالذمي وقد روي ان النبي ﷺ اعطى عمر حلة من حرير فقال يا رسول الله كسوتنيها وقد قلت في حلة عطارد ما قلت فقال « اني لم اعطكها لتلبسها » فكساها عمر خاله مشركا بمكة وعن اسماء بنت ابي بكر قالت أتتني أمي وهي راغبة تعني عن الاسلام فسألت رسول الله ﷺ فقلت يا رسول الله اتنى امي وهي راغبة افاصلها ؟ قال « نعم » وهذان فيهما صلة اهل الحرب وبرهم والآية حجة لنا فيمن لم يقاتل فأما المقاتل فانما هي عن بولي لا عن براء والوصية له وان احتج بالمفهوم فهو لا يراء حجة ثم قد حصل الاجماع على صحة الهبة للحربي والوصية في معناها .

فياخذ نصفه ويبقى لصاحب السدس نصفه سهم من اثني عشر وفي الرد يقتسمان الثلث بينهما أثلاثاً فيجعل لصاحب السدس السهم من تسعة وذلك أكثر مما حصل له في الاجازة وهذا دليل على فساد هذا القول لزيادة سهم الموصي له في الرد على حالة الاجازة وبني كان للموصي له حق في حال الرد لا ينبغي أن يتمكن الوارث من تغييره ولا تنقيصه ولا أخذه منه ولا صرفه الى غيره مع أن ما ذهب اليه الجمهور نظيره مسائل العمل في الفرائض والديون على المفاضل وما ذكره لانظير له مع أن فرض الله تعالى الوارث أكد من فرض الموصي ووصيته ثم إن صاحب الفضل في الفرض المفروض لا ينفرد بفضله فكذا في الرصايا

(نصل) وإذا خلف ابنين وأوصى لرجل بماله كله ولا آخر بنصفه فالملل بين الوصيين على ثلاثة ان اجازاء لانك إذا بسطت المال من جنس الكسر كان نصفين فاذا ضمنت النصف الآخر صارت ثلاثة فيقسم المال على ثلاثة ويصير النصف ثلثاً كسئلة فيها زوج وأم وثلاث اخوات متفرقات فاذا ردوا فانثالث بينهما على ثلاثة ، وان اجازوا لصاحب النصف وحده فاصحاب المال تسعان ولصاحب النصف النصف في احد الوجهين لانه موصى له به وانما منعه اخذه في حال الاجازة لهما مزاحمة صاحبه فاذا زالت مزاحمته اخذ جميع وصيته (والثاني) ليس له الا الثلث الذي كان له في حال الاجازة لهما لان ما زاد على ذلك انما كان حقاً لصاحب المال أخذه الورثة منه بالرد عليه فأخذه الوارثان وان

(مسئلة) (وتصح للمرتد كاتصح المبة له)

ذكره أبو الخطاب وقال ابن أبي موسى لا تصح لان مالكه غير مستقر ولا يرث ولا يرث فهو كاليت ولان مالكه يزول عن ماله برده في قول أبي بكر وجماعة فلا يثبت له الملك بالوصية

(مسئلة) (وتصح لكتابه ومديره وام ولده)

تصح الوصية للمكتوب سواء كان مكتابه او مكتوب وارثاً او مكتوب اجنبي سواء وصي له بجزء شائع او معين لأن ورثته لا يستحقون المكتوب ولا يملك ماله ولأنه يملك المال بالمعقود فصحت الوصية له كالخبر فان قال ضعوا عن مكتوبي بعض ثمنائهم او بعض ماعياهم وضعوا ماشاؤا وان قال ضعوا عنه نجوماً من نجومه فاهم ان يضعوا أي نجم شاؤا وسواء كانت نجومه متفقة او مختلفة لتناول اللفظ فان قال ضعوا عنه أي نجم شاؤا رجع الى مشيئته لان سيده جعل المشيئة اليه وان قال ضعوا عنه أكثر نجومه وضعوا عنه أكثرها مالا لانه أكبرها قدراً ، وان قال ضعوا عنه أكثر نجومه وضعوا عنه أكثر من نصفها لان أكثر الشيء يزيد على نصفه فان كانت نجومه خمسة وضعوا ثلاثة فان كانت ستة وضعوا أربعة ويحتمل ان ينصرف الى واحد منها أكثرها مالا فان كانت نجومه سواء تعين القول الاول فان قال ضعوا عنه اوسط نجومه ولم يكن فيها الاوسط واحد تعين مثل ان تكون نجومه متساوية القدر والاجل وعددها مفرد فيتعين الاوسط في العدد فان كانت خمسة تعين الثالث ، وان كانت

أجاز لصاحب السكل وحده فله ثمانية أنساع على الوجه الاول والتسم للآخر ، وعلى الوجه الثاني ليس له الا الثلاثان اذ كان له حال الاجازة لهما والتسمان لورثته فان اجاز احد الابنين لهما دون الآخر فلا شيء للمجيز وللآخر الثلث والثلاثان بين الوصيين على اربعة وان اجاز احدهما لصاحب المال وحده فلا شيء للتسم وللآخر الثلث والباقي لصاحب المال في أحد الوجهين وفي الآخر له اربعة أنساع والتسم الباقي للمجيز وان اجاز لصاحب النصف وحده دفع اليه نصف ما يتم به النصف وهو تسم ونصف مدس في أحد الوجهين وفي الآخر يدفع اليه التسم فيصير له تسعان ولصاحب المال تسعان ولمجيز تسعان والثلث للذي لم يجز وتصح من تسعة وعلى الوجه الاول تصح من ستة وثلاثين للذي لم يجز اثنا عشر ولمجيز خمسة ولصاحب النصف أحد عشر ولصاحب المال ثمانية وذلك لان مسألة الرد من تسعة لصاحب النصف منها سهم فلو اجاز له الابن كان له تمام النصف ثلاثة ونصف فاذا اجاز له أحدهما لزمه نصف ذلك وهو سهم وثلاثة ارباع سهم فيضرب مخرج الربع في تسعة يكن ستة وثلاثين

مسئلة (قال) واذا أوصى لولد فلان فهو المذكور والانثى بالسوية وان قال لبني فهو للذكر دون الاناث

أما اذا أوصى لولده أو لولد فلان فانه للذكر والاناث والخناثي ، لا خلاف في ذلك لان الاسم يشمل الجميع قال الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) وقال تعالى (ما تأخذ الله من ولد) نفى الذكر والانثى جميعا ، وإن قال ابني أو بني فلان فهو للذكر دون الاناث والخناثي هذا قول الجمهور وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ، وقال الحسن واسحاق وأبو ثور هو للذكر والانثى جميعا لانه لو أوصى لبني فلان وهم قبيلة دخل فيه الذكر والانثى ، وقال الثوري إن كانوا ذكورا وأنا فهو بينهم وإن كن بنات لا ذكر معن فلا شيء لهن لانه متى اجتمع الذكر والاناث غلب لفظ الذكر ودخل فيه الاناث كلفظ المسلمين والمشركين

سبعة فالرابع فان كان عددها مزدوجاً وهي مختلفة المقدار فبعضها مائة وبعضها مائتان وبعضها ثلاثمائة فأوسطها المائتان فيتعين وإن كانت متساوية القدر مختلفة الاجل مثل أن يكون اثنتان الى شهر شهر واحد الى شهرين وواحد الى ثلاثة أشهر تعينت الوصية في الذي الى شهرين ، وإن اتفقت هذه المعاني في واحد تعين ، وان كان لها أوسط في القدر وأوسط في الاجل وأوسط في العدد يخالف بعضها بعضاً رجع الى قول الورثة ، وان اختلفت الورثة والمكاتب في إرادة الموصي منها فالقول قول الورثة مع أيمانهم أنهم لا يعلمون ما أراد ، ومتى كان العدد وتراً فأوسطه واحد وان كانت شفعاً كأربعة فأوسطه اثنتان وهكذا القول فيما إذا أوصى بأوسط نجومه ، وان قال ضعوا عنه ما يخف أو ما ينقل أو ما يكثر رجع الى تقدير الورثة لان كل شيء يخف الى حيث ما هو أثقل منه ، وينقل الى حيث ما هو أخف منه ،

وانا ان لفظ البنين يختص المذكور قال الله تعالى اصعافى البنات على البنين؟ وقال تعالى (ام اتخذنما مخلق بنات واصفاكم بالبنين؟) وقال (زين للناس حب الشهوات من النساء والبنين) وقال (الما- والبنون زينة الحياة الدنيا) وقد اخبرتهم لا يشتهون البنات فقال (ويجعلون لله البنات سبحانه ولم ما يشتهون واذا بشر احدكم بالانشي الآية وانما دخلوا في الاسم اذا صاروا قبيلة لان الاسم قل فيهم عن الحقيقة الى العرف ولهذا تقول المرأة انا من بني فلان اذا انتسبت الى القبيلة ولا تقول ذلك اذا انتسبت الى ابيها

(فصل) وان أوصى لبنات فلان دخل فيه الاناث دون غيرهن لانعلم فيه خلافا ولا يدخل فيه الخشى المشكل لانا لانعلم كونه انثى

(فصل) وان أوصى لولد فلان او لبني فلان ولم يكونوا قبيلة فهو لولده لصلبه واما اولاد اولاده فان كانت قرينة تدل على دخولهم. مثل ان يوصى لولد فلان وليس له الا اولاد اولاده او قال ولا يعطى ولد البنات شيئا او قال الاولاد فلان او فضلا ولد فلان علي غيرهم ونحو ذلك دخلوا لان اللفظ بمقتلهم والقرينة صارقة له اليهم فصار كالتعريض بهم وان دلت القرينة على اخراجهم فلا شيء لهم وان انتفت القرائن لم يدخلوا في الوصية لان اسم الولد حقيقة عبارة عن ولد الصاب فان قيل فقد دخلوا في قول الله تعالى (يوصيكم الله في اولادكم لذكركم مثل حظ الانثيين) قلنا انما دخلوا فيه اذا لم يكن ثم ابن من ولد الصاب ودخلوا مع الاناث علي انهم انما يرثون ما فضل عن البنات على ما ذكر تفصيله في الفرائض ولا يمكن ذلك هاهنا فانتمي دخولهم ويحتمل ان يدخل ولد البنين في الوصية اذا لم تكن قرينة تخرجهم لانهم دخلوا في اسم الولد في كل موضع ذكره الله تعالى من الارث والحجب وغيره

(فصل) وان وصى لولد فلان او لبني فلان وهم قبيلة كبني هاشم وبني تميم دخل فيهم المذكور والانثى والخنثى ويدخل ولد الرجل معه ولا يدخل فيه ولد بناتهم لان ذلك اسم لقبيلة ذكرها واتاها قال الله تعالى (يا بني آدم - ولقد كرنا بني آدم) يريد الجميع وقال (ولقد آتينا بني اسرائيل الكتاب) وروي أن جوارى من الانصار قلن شعر

نحن جوار من بني النجار يا حنظلة محمد من جار

كما قال أصحابنا فيما إذا أقر بمال عظيم أو كثير أو ثمين أو خفيف ، وان قال ضموا عنه أكثر ما عليه وضع عنه النصف وأدنى زيادة وان قال ضموا عنه أكثر ما عليه ومثل نصفه فذلك ثلاثة أرباع وأدنى زيادة وان قال ضموا أكثر ما عليه ومثله فذلك الكتابة كلها وزيادة عليها فيصح في الكتابة ويبطل في الزيادة لعدم محلها وان قال ضموا عنه ما شاء فشاء وضع كل ما عليه وضع لتناوله اللفظ فان قال ضموا عنه ما شاء من مال الكتابة لم يضموا عنه الكل ، لان من للتبعض ومذهب الشافعي علي نحو ما ذكرنا في هذا الفصل .

ويقال امرأة من بني هاشم ، ولا يدخل ولد البنات فيهم لأنهم لا ينتسبون إلى القبيلة
(فصل) وإن أوصى لأخوانه فهو للأنثى خاصة وإن أوصى لأخوته دخل فيه الذكر والأنثى
جميعاً لأن الله تعالى قال (وإن كانوا إخوة رجالاً ونساء) وقال (فإن كان له إخوة فلأمه السدس)
وأجمع العلماء على حجبها بالذكر والأنثى ، وإن قل لعمومته فالظاهر أنه مثل الإخوة يشمل الذكر
والأنثى لأنهم إخوة أبيه ، وإن قال لبني أخوته أو لبني عمه فهو لذكور دون الأنثى إذا لم يكونوا
قبيلة ، والفرق بينهما أن الإخوة والعمومة ليس لهما لفظ موضوع يشمل الذكر والأنثى سوى هذا
اللفظ وبنوا الإخوة والعم لهم لفظ يشمل الجميع وهو لفظ الأولاد ، فإذا عدل عن اللفظ العام إلى لفظ
البنين دل على إرادة الذكور ، ولأن لفظ العمومة أشبه باللفظ الإخوة ولفظ بني الإخوة والعم يشبه بني
فلان وقد دققنا عليهما بالحكم في تناول اللفظ للبعد من العمومة وبنو العم والإخوة حكم ما ذكرنا في
ولد الولد مع القرينة وعددها

(فصل) والفاظ الجوع على أربعة أضرب (أحدها) ما يشمل الذكر والأنثى بوضعه كالأولاد
والقربة والمهملين وشبهه (والثاني) موضوع للذكور ويدخل فيه الإناث إذا اجتمعوا كلفظ المسلمين والمؤمنين
والقانتين والصابرين والصادقين والذين والمشرّكين والفاسقين ونحوه وكذلك ضمير المذكر كالواو في
قاموا والهاء والميم في قيم وهم مفردة وموصولة والكاف والميم في لكم وعليكم ونحوه فهذا متى اجتمع الذكور
وعليه الإناث وغلب لفظ التذكير فيه ودخل فيه الذكر والأنثى (الثالث) ضرب يختص بالذكر
كالبنين والذكور والرجال والعلماء فلا يدخل فيه إلا الذكور (الرابع) لفظ يختص بالنساء كالنساء
والبنات والمؤمنات والصادقات والضمائر الموضوعة لهن فلا يتناول غير الإناث

(فصل) وإن وصى للأرامل فهو للنساء اللاتي فارقن أزواجهن بموت أو غيره . قال أحمد في
رواية حرب ، وقد سئل عن رجل أوصى لأرامل بني فلان فقال قد اختلف الناس فيها فقال قوم هو

(مسألة) (وتصح الوصية لمدره)

لأنه يصير حراً حين لزوم الوصية فصحت الوصية له كأثم الولدان لم يخرج من التثنت هو والوصية
جميعاً قدم عتقه على الوصية لأنه أنفع له ، وقال القاضي يعتق بعضه ويملك من الوصية بقدر ما عتق منه .
ولنا أنه وصى لبعده وصية صحيحة فيقدم عتقه على ما يحصل له من المال كالوصى لبعده القن
بمشاع من ماله .

(مسألة) (وتصح الوصية لأم ولده لأنها حرة حين لزوم الوصية)

وقد روي ذلك عن عمر رضي الله عنه أنه أوصى لامهات أولاده بأربعة آلاف أربعة آلاف ، ورواه سعيد
وروي ذلك عن عمران بن حصين ، وبه قال ميمون بن مهران ، والزهرري ، وبجى الانصاري ،
ومالك ، والشافعي ، واسحق .

لرجال والنساء ، والذي يعرف في كلام الناس أن الارامل النساء ، وقال الشعبي وإسحاق هو لرجال والنساء . وأنشد أحدهما

هذي الارامل قد قضيت حاجتها فمن لاحاجة هذا الارمل الذكر ؟
وقال الآخر

أحب أن أصطاد ظيئاً سخبلاً رعى الريح والشتاء أرملاً
ولما أن المعروف في كلام الناس أنه النساء فلا يحمل لفظ الموصي إلا عليه ولأن الارامل جمع أرملة فلا يكون جمعاً للمذكر لأن ما يختلف لفظ الذكر والاثني في واحده يختلف في جمعه وقد أنكر ابن الأنباري على قائل القول الآخر وخطأه فيه والشعر الذي احتج به حجة عليه فانه لو كان لفظ الارامل يشمل الذكر والاثني لقال حاجتهم إذ لا خلاف بين أهل اللسان في أن اللفظ متى كان للمذكر والاثني ثم رد عليه ضمير غلب فيه لفظ التذكير وضميره فلما رد الضمير على الاناث علم أنه موضوع لمن على الافراد وسمي نفسه أرملاً تجوزاً تشبيهاً بهن ولذلك وصف نفسه بأنه ذكر وبدل على إرادة المجاز أن اللفظ عند إطلاقه لا يفهم منه إلا النساء ولا يسمى به في العرف غيرهن وهذا دليل على أنه لم يوضع لغيرهن ثم لو ثبت أنه في الحقيقة للرجال والنساء لكان قد خص به أهل العرف النساء وهجرت به الحقيقة حتى صارت مغفورة لا تفهم من لفظ المتكلم ولا يتعلق بها حكم كسائر الالفاظ العرفية .

(فصل) فأما لفظة الايامي فهو كالارامل الا انه لكل امرأة لازوج لها قال الله تعالى (وانكحوا الايامي منكم) وفي بعض الحديث « أعوذ بالله من بوار اليم » وقال أصحابنا هو لرجال والنساء الذين لا أزواج لهم لما روي عن سعيد ابن المسيب قال آمت حفصة بنت عمر من زوجها ، وآم عثمان من رقية وقال الشاعر

فإن تنكحي انكح وان تنأجي وإن كنت أنفى منكم أنأيم

(مسألة) (ونصح لعبد غيره) وتكون الوصية لسيدة والقبول من العبد لأن العقد مضاف إليه أشبه مالو وهبه شيئاً فإذا قبل ثبت لسيدة لانه من كسب عبده وكسب العبد للسيدة ولا يفتقر في القبول الى اذن السيد لانه كسب من غير اذن سيده كالاخطاب وهذا قول أهل العراق والشافعي ولاصحابه وجه آخر أنه يفتقر الى اذن السيد لانه تصرف العبد فهو كيومه وشرائه

ولما أنه تحصيل مال بغير عوض فلم يفتقر الى اذنه كقبول الهبة وتحصيل المباح

(فصل) وان وصى لعبد وارثه فهي كالوصية لوارثه تقف على اجازة الورثة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة ، وقال مالك ان كان يسيراً جاز لان العبد يملك وأما سيده أخذه من يده فإذا أوصى له بشيء يسيّر علم أنه قصد بذلك العبد دون سيده .

وانا أن العرف يخص النساء بهذا الاسم والحكم للاسم العرفي وقول النبي ﷺ «أعوذ بالله من يوار لايح» انما أراد به المرأة فانها التي توصف بهذا وبخر بارها
(فصل) والعزب هم الذين لا أزواج لهم من الرجال والنساء يقال رجل عزب وامرأة عزبة
وانما هي عزبا لانفراده وكل شيء انفرده فهو عزب . قال ذو الرمة يصف ثورا من الوحش انفرده
يجلو البيرازق عن مجله زلق كأنه متقي يلق عزب

ويحتمل أن يختص العزب بالرجال لانه في العرف كذلك واليب والبكر يشترك فيه الرجل
والمرأة قال النبي ﷺ «البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة» واليب باليبب الجلد والرجم والعانس
من الرجال والنساء الذي كبر ولم يتزوج ، قال قيس بن رفاعه الواقفي :

فينا الذي هو ما إن طر شاربه والعانسون وفينا المرد والشيب

والكهول الذين جاوزوا الثلاثين قال الله تعالى (ويكلم الناس في المهد وكهلا) قال المفسرون
ابن ثلاثين مأخوذ من قولهم اكتهل النبات اذا تم وقوي ثم لا يزال كمالا حتى يبلغ خمسين ثم يشيخ
ثم لا يزال شيخا حتى يموت

(فصل) واذا وصى الجماعة لا يمكن حصرهم واستيعابهم كالقبيلة العظيمة والفقراء والمساكين صح
وأجزأ الدفع الى واحد منهم وبه قال الشافعي في أحد الوجهين الا أنه قال يدفع الى ثلاثة منهم لانه
أقل الجمع وقال أبو حنيفة لا تصح الوصية للقبيلة التي لا يمكن حصرها لانها يدخل فيها الاغنياء والفقراء
واذا وقعت للاغنياء لم تكن قرابة وانما تكون حقا لا دمي وخقوق الا دميين اذا دخلت فيها الجهالة
لم تصح كما لو أقر لجهول

ولنا انها وصية لعبد وارثه أشبه الوصية بالكثير وما ذكره من ملك العبد ممنوع لا اعتبار به
فانه مع هذا القصد يستحق سيده أخذه فهو كالكثير .

(فصل) واذا وصى بعتق أمته على أن لا تزوج ثم مات فقالت لا أتزوج عتقت فان تزوجت
مد ذلك لم يبطل عتقها وهذا مذهب الاوزاعي والليث وأبي ثور وابن المنذر. وأصحاب الرأي لان
العتق إذا وقع لم يمكن رفعه فان وصى لام ولده بألف على أن لا تزوج أو على أن تبت مع ولده ففعلت
وأخذت الالف ثم تزوجت أو تركت ولده ففعلها وجها (أحدهما) تبطل وصيتها لانه فات الشرط ففانت
الوصية ، وفارق العتق فانه لا يمكن رفعه (والثاني) لا تبطل وصيتها وهو قول أصحاب الرأي لان وصيتها
صححت فلم تبطل بمخالفة ما شرط عليها كالأولى

(مسئلة) (وتصح لعبد بمشاع كثنائه فان خرج العبد من الوصية عتق واستحق باقيه وان
لم يخرج من الثالث عتق منه بقدر الثلث)

وبهذا قال الحسن وابن سيرين وأبو حنيفة إلا أنهم قالوا إن لم يخرج من الثلث سعى في قيمة باقيه
(المنفي والشرح الكبير) (٦٠) (الجزء السادس)

ولنا أن كل وصية صحت لجماعة محصورين صحت لهم وإن لم يكونوا محصورين كالفقراء ، وما ذكره غير صحيح فإن الوصية للأغنياء قريبة وقد ندب النبي ﷺ إلى الهدية وإن كانت لغني وأما جواز الدفم إلى واحد فبني على الدفم في الزكاة وقد مضى الكلام فيه هناك

(مسئلة) قال (والوصية بالحمل وللحمل جائزة إذا أتت به لأقل من ستة أشهر منذ تكلم بالوصية)

أما الوصية بالحمل فتصح إذا كان مملوكاً بأن يكون رقيقاً أو حل بهيمة مملوكة لأنه لان الفرر والخطر لا يمنع صحة الوصية فخرى مجرى إعتاق الحل فإن انفصل ميتاً بطلت الوصية وإن انفصل حياً وعلينا وجوده حال الوصية أو حكمنا بوجوده صحت الوصية وإن لم يكن كذلك لم تصح لجواز حدوته ، ولو قال أوصيتك بمحمل جاريتي هذه أو ناقتي هذه أو نخلتي هذه جاز لما ذكرنا من صحتها مع الفرر ، وأما الوصية للحمل فصحيحة أيضاً لا نعلم فيه خلافاً وبذلك قال الثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وذلك لأن الوصية جرت مجرى الميراث من حيث كونها انتقال المال من الإنسان بعد موته إلى المرحل له بغير عوض كانتقاله إلى وارثه ، وقد سمي الله تعالى الميراث وصية بقوله سبحانه (يوصيكم الله

وقال الشافعي الوصية باطلة إلا أن يوصي بعقده لانه أوصى لمال يصير للورثة فلم يصح كما لو وصى له بمعين .

ولنا أن الجزء الشائع يتناول نفسه أو بعضها لانه من جملة الثلث الشائع والوصية له بنفسه تصح ويعتق وما فضل استحققه لانه يصير حراً فذلك الوصية فيصير كأنه قال أعنتوا عبدي من ثلثي واعطوه ما فضل منه ، وفارق ما إذا وصى له بمعين لانه لا يقد أول شيئاً منه على أن لنا في الاصل المقيس عليه منعاً .

(مسئلة) (وإن وصى له بمعين ككنوب أو دار أو مائة لم تصح الوصية في قول الأكثرين منهم الثوري وأصحاب الرأي والشافعي وإسحاق وذكر ابن أبي موسى رواية عن أحمد أنها تصح وهو قول مالك وأبي ثور وقال الحسن وابن سيرين إن شاء الورثة أجازوا وإن شاءوا ردوا

ولنا أن العبد يصير ملكاً للورثة فما وصى به له فهو لهم فكأنه أوصى لورثته بما يرثونه فلا فائدة فيه ، وفارق ما إذا وصى له بمشاع لما ذكرناه .

(مسئلة) (وتصح الوصية للحمل إذا علم أنه كان موجوداً حين الوصية بأن تضعه لأقل من ستة أشهر إن كانت ذات زوج أو سيد يطؤها أو لأقل من أربع سنين إن لم يكن كذلك في أحد الوجهين) وفي الآخر لأقل من سنين

لا نعلم في صحة الوصية للحمل خلافاً وبه قال الثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي .

في أولادكم لذكر مثل حظ الاثنتين وقال سبحانه (فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار وصية من الله) والحمل يرث فتصح الوصية له ولان الوصية أو-م من الميراث فانها تصح للمخالف في الدين و"بعد بخلاف الميراث فاذا ورث الحمل فالوصية له أولى ولان الوصية تتعلق بمخطر وغرر فتصح للحمل كالعتق فان انفصل الحمل ميتا بطلت الوصية لانه لا يرث ولانه يحتمل أن لا يكون حياً حين الوصية فلا تثبت له الوصية والميراث بالشك وسواء مات لعارض من ضرب البطن أو ضرب دواء أو غيره لما بيننا من أنه لا يرث ، وان وضعته حياً صححت الوصية له إذا حكنا بوجوده حال الوصية نقل الحرق إذا أنت به لأقل من ستة أشهر ، وليس ذلك شرطاً في كل حال لكن ان كانت المرأة فراشا لزوج أو سيد يطؤها فانت به لسته أشهر فمادرن علمنا وجوده حين الوصية وان أنت به لاكثر منها لم تصح الوصية له لاحتمال حدوثه بعد الوصية، وان كانت بائناً فانت به لاكثر من أربع سنين من حين الفرة وأكثر من ستة أشهر من حين الوصية لم تصح الوصية له وان أنت به لأقل من ذلك صححت الوصية له لان الولد يعلم وجوده اذا كان لسته أشهر وبحكم بوجوده إذا أنت به لأقل من أربع سنين من حين الفرة ، وهذا مذهب الشافعي ، وان وصى لحمل امرأة من زوجها أو سيدها صححت الوصية له مع اشتراط الحاقه به وان كان متغيباً بالعلن أو دعوى الاستبراء لم تصح الوصية له لعدم نسبه المشروط في الوصية فأما ان كانت المرأة فراشا لزوج أو سيد الا أنه لا يطؤها لكونه غائباً في لد بعيد أو مريضاً مرضاً يمنع الوطء أو كان أسيراً أو محبوساً أو علم الورثة أنه لم يطأها وأقروا بذلك فان أصحنا لم يفرقوا بين هذه الصور وبين ما اذا كان يطؤها لانهما لم يفترقا

وذلك لان الوصية جرت مجرى الميراث من حيث كونها انتقال للمال من الانسان بعد موته الى الموصي له بغير عوض كاتقاله الى وارثه، وقد سمي الله تعالى الميراث وصية بقوله سبحانه (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الاثنتين) وقال سبحانه (فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار وصية من الله) والحمل يرث فتصح الوصية له ولان الوصية أوسع من الميراث لانها تصح للمخالف في الدين والعبد بخلاف الميراث فاذا ورث الحمل فالوصية له أولى ولان الوصية تتعلق بمخطر وغرر فصحت للحمل كالعتق فان انفصل الحمل ميتاً بطلت الوصية لانه لا يرث ولانه يحتمل أن لا يكون حياً حين الوصية فلا تثبت له الوصية والميراث بالشك، وسواء مات لعارض من ضرب البطن أو ضرب دواء أو غيره لما بيننا من أنه لا يرث وان وضعته حياً صححت الوصية له اذا حكنا بوجوده حال الوصية بأن تأتي به لأقل من ستة أشهر ان كانت المرأة فراشا لزوج أو سيد يطؤها فانما تعلم وجوده حين الوصية فان أنت به لاكثر منها لم تصح الوصية لاحتمال حدوثه بعد الوصية، وان كانت بائناً فانت به لاكثر من أربع سنين من حين الفرة وأكثر من ستة أشهر من حين الوصية لم تصح الوصية له وان أنت به لأقل من ذلك صححت الوصية لان الولد يعلم وجوده اذا كان لسته أشهر وبحكم بوجوده اذا أنت به لأقل من أربع سنين من حين

في حقوق النسب الزوج والسيد فكانت في حكم من يطؤها، ويحتمل أنه متى أنت به في هذه الحال لوقت يغلب على الظن أنه كان موجوداً حال الوصية مثل أن تضعه لاقل من غالب مدة الحمل أو تكون أمارات الحمل ظاهرة أو أنت به على وجه يغلب على الظن أنه كان موجوداً بأمارات الحمل بحيث يحكم لها بكونها حاملاً صحت الوصية له لأنه يثبت له أحكام الحمل من غير هذا الحكم وقد انتفت أسباب حدوثه ظاهراً فينبغي أن يثبت له الوصية والحكم بالحاقه بالزوج والسيد في هذه الصور إنما كان احتياطاً للنسب فإنه يلحق بمجرد الاحتمال وإن كان بعيداً ولا يلزم من اثبات النسب بطلاق الاحتمال نفى استحقاق الوصية فإنه لا يحتاط لأبطال الوصية كما يحتاط لاثبات النسب فلا يلزم الحاق ما لا يحتاط له بما يحتاط مع ظهور ما يثبت به ويصححه

(فصل) وإن وصى بالحمل الموجد اعتبر وجوده في حل الامة بما يعتبر وجود الحمل الموصى له وإن كان حل بهيمة اعتبر وجوده بما يثبت به وجوده في سائر الاحكام (فصل) وإذا أوصى لما تحمل هذه المرأة لم يصح وقال بعض أصحاب الشافعي يصح كما تصح الوصية بما تحمل هذه الجارية .

ولنا أن الوصية بما يك فلا تصح للمعدوم بخلاف الموصى به فإنه يملك فلم يعتبر وجوده ولأن الوصية أجريت مجرى الميراث ولو مات انسان لم يرثه من الحل الا من كان موجوداً كذلك الوصية ولو تجدد للميت مال بعد موته بأن يسقط في شبكته صيد لورثه ورثته ولذلك قضينا بثبوت الارث في دينه وهي تنجدد بعد موته فجاز أن يملك بالوصية ، فأرقل فلو وقف على من يحدث من ولده أو

الفرقة وهذا مذهب الشافعي، وإن وصى لحمل امرأة من زوجها أو سيدها صحت الوصية له مع اشتراط الحاقه به ، فإن كان متقياً باللمان أو دعوى الاستبراء لم تصح الوصية له لعدم نسبه المشتراط في الوصية فإن كانت المرأة فراشاً لزوج أو سيد الا أنه لا يطؤها لكونه غائباً في بلد بعيد أو مريضاً مرضاً يمنع الوطء أو كان أسيراً أو مجبوساً أو علم الورثة أنه لم يطأها أو أفروا بذلك فإن أصحابنا لم يفرقوا بين هذه الصور وبين ما اذا كان يطؤها لانها لم يفترقا في حقوق النسب بالزوج والسيد فكانت في حكم من يطؤها ، قال شيخنا ويحتمل أنها متى أنت به في هذه الحال أو لوقت يغلب على الظن أنه كان موجوداً حال الوصية مثل أن تضعه لاقل من غالب مدة الحمل أو تكون أمارات الحمل ظاهرة أو أنت به على وجه يغلب على الظن أنه كان موجوداً بأمارات الحمل بحيث يحكم لها بكونها حاملاً صحت الوصية له لأنه يثبت له أحكام الحمل في غير هذا الحكم وقد انتفت أسباب حدوثه ظاهراً فينبغي أن يثبت له الوصية والحكم بالحاقه بالزوج والسيد في تلك الصور إنما كان احتياطاً للنسب فإنه يلحق بمجرد الاحتمال وإن كان بعيداً ، ولا يلزم من اثبات النسب بطلاق الاحتمال نفى استحقاق الوصية فإنه لا يحتاط لأبطال الوصية كما يحتاط لاثبات النسب فلا يلزم الحاق ما لا يحتاط له بما يحتاط مع ظهور ما يثبت به

ولد فلان صح فالوصية أولى لأنها تصح بالمعدوم والمجهول بخلاف الوقف ، قلنا الوصية أجريت بحرى الميراث ولا يحصل الميراث إلا بوجود فكذا الوصية والوقف يراد الدوام فن ضرورته اثباته للمعدوم (فصل) وإذا أوصى لخل امرأة فولدت ذكراً وأنثى فالوصية لهما بالسوية لأن ذلك عطية وهبة فأشبهه مال وهبهما شيئاً بعد ولادتهما ، وإن فاضل بينهما فهو على ما قل كالوقف ، وإن قل أن كان في بطنها غلام فله ديناران وإن كان فيه جارية فله دينار فولدت غلاماً وجارية فلكل واحد منهما ما وصى له به لأن الشرط وجد فيه وإن ولدت أحدهما منفرداً فله وصيته ، ولو قال إن كان جهاً أو أن كان ما في بطنها غلاماً فله ديناران وإن كانت جارية فله دينار فولدت أحدهما منفرداً فله وصيته وإن ولدت غلاماً وجارية فلا شيء لهما لأن أحدهما ليس هو جميع الحمل ولا كل ما في البطن وبهذا قل أصحاب الرأي وأصحاب الشافعي وأبو ثور

(فصل) وإن أوصى بشجرة أو غلة دار أو خدمة عبد صح سواء وصى بذلك في مدة معلومة أو بجميع الثمرة والمنفعة في زمان كله هذا قول الجمهور منهم مالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي ونال ابن أبي ليلى لا تصح الوصية بالمنفعة لأنها معدومة ولنا أنه يصح تملكها بعقد المعاوضة فتصح الوصية بها كالأعيان وبه تبر خروج ذلك من ثلث المال نص عليه أحمد في سكنى الدار وهو قول كل من قال بصحة الوصية بها فإن لم يخرج من الثلث أجزأ منها بقدر الثلث وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك إذا أوصى بخدمة عبده سنة فلم يخرج من الثلث فالورثة بالخيار بين تسليم خدمته سنة وبين تسليم ثلث المال ، وقال أصحاب الرأي وأبو ثور

ويصححه ، وفيه وجه آخر أنه إذا أتمت به لاكثر من سنتين إذا كانت بائناً لا تثبت له الوصية بناء على أن أكثر مدة الحمل سنتان

❦ مسألة ❦ (وإن وصى لما تحمل هذه المرأة لم يصح)

وقال بعض أصحاب الشافعي تصح كما تصح الوصية بما تحمل هذه الجارية

ولنا أن الوصية تملك فلا تصح للمعدوم بخلاف الموصى به فإنه يملك فلم يعتبر وجوده ولأن الوصية جرت بحرى الميراث ولو مات إنسان لم يرثه من الحمل إلا من كان موجوداً كذلك الوصية ، ولو تجدد للميت مال بعد موته بأن يسقط في شبكته صيد لورثته ورثته ولذلك قضينا بثبوت الإرث في دينه وهي تجدد بعد موته فجاز أن تملك بالوصية . فإن قيل فلو وقف على من يحدث من ولده أو ولد فلان صح فالوصية أولى لأنها تصح بالمعدوم والمجهول بخلاف الوقف ، قلنا الوصية أجريت بحرى الميراث ولا يحصل الميراث إلا بوجود فكذلك الوصية ، والوقف يراد الدوام فن ضرورته اثباته للمعدوم .

(فصل) وإذا وصى لخل امرأة فولدت ذكراً وأنثى فالوصية لهما بالسوية لأن ذلك عطية وهبة فأشبهه مال وهبهما شيئاً بعد ولادتهما ، وإن فاضل بينهما فهو على ما قل كالوقف وإن قال إن كان في

إذا أوصى بخدمة عبده سنة فإن العبد يخدم الموصى له يوماً والورثة يومين حتى يستكمل الموصى له سنة فإن أراد الورثة يوم العبد يوم على هذا

ولنا أنها وصية صحيحة فوجب تنفيذها على صفتها أن خرجت من الثلث أو بقدر ما يخرج من الثلث منها كسائر الوصايا أو كالأعيان . إذا ثبت هذا فتي أريد تقويمها فإن كانت الوصية مقيدة بمدة قوم الموصى بمنفعته مسلوب المنفعة تلك المدة ثم تقوم المنفعة في تلك المدة فينظر كم قيمتها ، وإن كانت الوصية مطلقة في زمان كله فقد قيل تقوم الرقبة بمنفعتهما جميعاً ويعتبر خروجهما من الثلث لأن عبداً لا منفعة له وشجر أثمر له لا قيمة له غالباً ، وقيل تقوم الرقبة على الورثة ، والمنفعة على الموصى له وصفة ذلك أن يقوم العبد بمنفعته فإذا قيل قيمته مائة قيل كم قيمته لا منفعة فيه ؟ فإذا قيل عشرة علمنا أن قيمة المنفعة تسعون

(فصل) وإن أراد الموصى له اجارة العبد أو الدار في المدة التي أوصى له بنفعها جازوه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز اجارة المنفعة الملتحقة بالوصية لأنه إنما أوصى له باستيفائه ولنا أنها منفعة يملكها المالك تماماً فذلك أخذ العرض عنها بالأعيان كولو ملكها بالاجارة وإن أراد الموصى له إخراج العبد عن البلد فله ذلك وبه قال أبو ثور ، وقال أصحاب الرأي لا يخرج إلا أن يكون أهله في غير البلد فيخرجهم إلى أهلهم . ولنا أنه مالك لمنعه فذلك إخراجهم كالمستأجر (فصل) وإذا أوصى له بشجرة شجرة مدة أو بما يثمر أبداً لم يملك واحد من الموصى له

بطها غلام فله ديناران وإن كانت فيه جارية فله دينار فولدت غلاماً وجارية فلكل منهما ما وصى له به لأن الشرط وجد فيه ، وإن ولدت أحدهما منفرداً فله وصيته ، ولو قال إن كان حملها أو إن كان مافي بطها غلاماً فله ديناران وإن كانت جارية فله دينار فولدت أحدهما منفرداً فله وصيته ، وإن ولدت غلاماً وجارية فلا شيء لهما لأن أحدهما ليس هو جميع الحمل ولا كل مافي البطن ، وبه قال أصحاب الرأي والشافعي وأبو ثور .

(مسئلة) (وإن قتل الوصي الموصي بطلت الوصية وإن جرحه ثم أوصى له فمات من الجرح لم تبطل في ظاهر كلامه وقال أصحابنا في الوصية للقاتل روايتان)

اختلف أصحابنا في الوصية للقاتل على ثلاثة أوجه ، فقال ابن حامد يجوز الوصية له واحتج بقول أحمد فيمن جرح رجلاً خطأ فمات المجروح فقال أحمد تعتبر من الثلث قال وهذه وصية للقاتل وهو قول مالك وأبي ثور وابن المنذر وأظهر قول الشافعي لأن الهبة له تصح فصحت الوصية له كالذي وقال أبو بكر لا تصح الوصية له فإن أحمد قد نص على أن المذبح إذا قتل سيده بطل تديره والتدير وصية وهذا قول الثوري وأصحاب الرأي لأن القتل يمنع الميراث الذي هو آكد من الوصية ، فالوصية

والوارث اجبار الآخر على سقيها لأنه لا يجبر على سقي ملكه ولا سقي ملك غيره ، وإن أراد أحدهما سقيها على وجه لا يضر بصاحبه لم يملك الآخر منعه ، وإذا يبست الشجرة كان حطبها لوارث وإن وصى له بثمرتها سنة بعينها فلم تحمل تلك السنة فلا شيء للموصي له ، وإن قال لك ثمرتها أول عام تدمر صرح وله ثمرتها أول عام تدمر وكذلك إذا وصى له بها تحمل جاريته أو شاته ، وإن وصى لرجل بشجرة ولا آخر بثمرتها صرح وكان صاحب الرقة قائماً مقام الوارث وله ماله ، وإن وصى له بأبن شاة وصرفها صرح كما تصبح الوصية بثمرة الشجرة وإن وصى بأبنها خاصة أو صرفها خاصة صرح ويقوم الموصي به دون العين (فصل) قالما نفقة العبد الموصي بخدمته وسائر الحيوانات الموصى بنفعها فيجوز أن تجب على صاحب الرقة هذا الذي ذكره الشريف أبو جعفر مذهباً لا حرج وهو قول أبي ثور وظاهر مذهب الشافعي لأن النفقة على الرقة فكانت على صاحبها كالعبد المستأجر وكألو لم يكن له منفعة . قال الشريف ولأن الفطرة تلزمه والفطرة تنبع النفقة ووجوب النافع على انسان دليل على وجوب المنبوع عليه ، ويحتمل أن يجنب على صاحب المنفعة وهو قول أصحاب الرأي والاصطخري وهو أصح إن شاء الله لأنه يملك نفقه على التأيد فكانت النفقة عليه كالزوج ولأن نفقه له فكان عليه ضره كالملك لها جميعاً يحققه أن إيجاب النفقة على من لا نفع له ضرر مجرد فيصير معنى الرصية أوصيت لك بنفع عبدي وأبقيت على ورثتي ضره وإن وصى بنفعه لانسان ولا آخر برقبة كان معناه أوصيت لهذا بنفعه ولهذا بضره والشرع ينفي هذا بقوله لا ضرر ولا ضرار ، ولذلك جعل الخراج بالضمان ليكون ضرره على من له

أولى ، ولأن الوصية أجريت مجرى الميراث فمنعها ما يمنع وقال أبو الخطاب إن وصى له بعد جرحه صرح وإن وصى له قبله ثم طرأ القتل على الوصية أبطلها جمعاً بين نصي احمد في الموضعين ، وهو قول الحسن بن صالح وهذا قول حسن ، لأن الوصية بعد الجرح صدرت من أهلها في محلها لم يطرأ عليها ما يبطلها بخلاف ما إذا تقدمت فإن القتل طرأ عليها فأبطلها فإنه يبطل ما هو آكد منها ، يحققه أن القتل إنما يمنع الميراث لكونه بالقتل استعجل الميراث الذي انعقد سببه فعورض بنقيض قصده وهو منع الميراث دفعاً لمفسدة قتل الموروثين ولذلك بطل التدبير بالقتل الطاريء عليه أيضاً وهذا المعنى متحقق في القتل الطاريء على الوصية فإنه ربما استعجلها بقتله وفارق القتل قبل الوصية لأنه لم يقصده استعجال مال لعدم انعقاد سببه والموصي راض بالوصية له بعد ما صدر منه في حقه وعلى هذا لا فرق بين الخطأ والعمد كما لا تفرق الحال بذلك في الميراث .

(مسألة) (وإن وصى لصنف من أصناف الزكاة أو لجميع الاصناف صرح)

لأنهم من أبواب البر فصحت لهم كغيرهم ويعطى كل واحد منهم القدر الذي يعطاه من الزكاة قياساً عليها ، لأن المطلق من كلام الآدمي يحمل على المطلق من كلام الله تعالى ولما أطلق الله تعالى أعطاهم من الزكاة حمل على ذلك كذلك هذا

٤٨٥ الوصية لرجل بمنفعة الامة وانياتها بولد من زوج أوزنا (المغني والشرح الكبير)

نفعه ، وفارق المستأجر فان نفعه في الحقيقة للمؤجر لانه يأخذ الاجر عوضا عن منافعه وقيل نجب نفقته في كسبه وهذا راجع الى إيجابها على صاحب المنفعة لان كسبه من منافعه فاذا صرف في نفقته فقد صرف المنفعة الموصى بها الى النفقة فصار كما لو صرف اليه شيء من ماله سواء

(فصل) وإذا اعتق الورثة العبد عتق ومنفعته باقية الموصى له بها ولا يرجع على المعتق بشيء وان اعتقه صاحب المنفعة لم يعتق لان المتق للرقبة وهو لا يملكها ازاو هب صاحب المنفعة منافعه للعبد وأسقطها عنه فلورثة الانتفاع به لان ما يوهب للعبد يكون لسيده وان اراد صاحب الرقبة بيع العبد فله ذلك ويباع مملوك المنفعة ويقوم المشتري مقام البائع فيما له وعليه وقيل لا يجوز بيعه من مالك منفعة دون غيره لان ما لا منفعة فيه لا يصح بيعه كالحشرات والميتات وقيل يجوز بيعه من مالك منفعة دون غيره لان مالك منفعته يجمع له الرقبة والمنفعة فينتفع بذلك بخلاف غيره ولذلك جاز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لصاحب الشجرة دون غيره وكذلك بيع الزرع لصاحب الارض

ولنا انه عبد مملوك تصح الوصية به فصح بيعه كغيره ولانه يمكنه اعتاقه ونحصيل ولائه وجرد ولا من ينجر ولاؤه بعقده بخلاف الحشرات وان وصى لرجل برقبة عبد ولا آخر بنفعه صح رقام الموصى له بالرقبة مقام الوارث فيما ذكرنا وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي

(فصل) واذا وصى لرجل بمنفعة امته فأنت بولد من زوج أوزنا فهو مملوك حكمه حكم امه لان الولد ينتمى لام في حكمها كولد المسكينة والمدبرة ويحتمل ان يكون للمالك الرقبة لان ذلك ليس من النفع الموصى به ولا هو من الرقبة الموصى بنفعها وان وطئت بشبهة فأوجب المهر على الواطئ لصاحب

قال شيخنا واذا وصى لاصناف الزكاة المذكورين في القرآن فهم الذين يستحقون الزكاة وينبغي أن يجعل لكل صنف ثمن الوصية ، كما لو وصى لثمان قبائل ، والفرق بين هذا وبين الزكاة حيث يجوز الاقتصار على صنف واحد أن آية الزكاة أريد بها بيان من يجوز الدفع اليه والوصية اريد بها بيان من يجب الدفع اليه ، ويجوز الاقتصار من كل صنف على واحد في ظاهر المذهب لانه لا يمكن استيعابهم وحكي هذا عن أصحاب الرأي وعن محمد بن الحسن انه قال لا يجوز الدفع الى أقل من اثنين ، وعن أحمد رواية ثانية أنه لا يجوز الدفع الى أقل من ثلاثة من كل صنف حكاه أبو الخطاب وهو مذهب الشافعي وقد ذكرنا ذلك وأدلته في الزكاة ولا يجوز الصرف الا الى المستحق من أهل بيته كما ذكرنا في الزكاة (فصل) وإذا وصى للفقراء وحدهم دخل فيه المساكين وكذلك إن أوصى للمساكين دخل فيهم الفقراء لانهم صنف واحد في غير الزكاة الا أن يذكر الصنفين جميعاً فيدل ذلك على أنه أراد الغاية بينهما ، ويستحب تعميم من أمكن منهم والدفع اليهم على قدر الحاجة والبداءة بأقارب الموصى كما ذكرنا في الزكاة .

(مسألة) وإن وصى لكتب القرآن أو العلم أو لمسجد أو لفارس حبيس ينفق عليه صح لان ذلك قرينة يصح بذل المال فيه ، نصحت الوصية له كالوصية للفقراء فان مات الفارس رد الموصى به

المنفعة عند اصحابنا وعندى انه لصاحب الرقبة لان منافع البضع لا تصح الوصية بها منفردة ولا مع غيرها ولا يجوز ثقلها مفردة عن الرقبة بغير التزويج وانما هي تابعة للرقبة فتكون لصاحبها ولا يستحق صاحب المنفعة اخذ بدلها وان أنت بولد فهو حر وتجب قيمته يوم وضعه لصاحب الرقبة في احد الوجهين وفي الآخر يشتري بها عبد يقوم مقامه وليس للارث ولا لصاحب المنفعة وطؤها لان صاحب المنفعة لا يملك رقبته ولا هو زوج لها ولا يباح الوطء بغيرها لقول الله عز وجل (الا على ازواجهم او ما ملكت ايمنهم) وصاحب الرقبة لا يملكها ملكا تاما لا يأمن ان تحبل منه فربما افصى الى اهلاكا وايها وطئها فلا حد عليه لانه وطء بشبهة لوجود الملاك لكل واحد منهما فيها وولده حر لانه من وطء بشبهة فان كان الواطئ مالك المنفعة لم تصرام ولده لانه لا يملكها وعليه قيمة ولدها يوم وضعه، وحكمها على ما ذكرنا فيما اذا وطئها غيرها بشبهة، وان كان الواطئ مالك الرقبة صارت ام ولده لانها علقته منه بحر في ملكه وفي وجوب قيمته عليه الوجهان، واما المهر فعندي انه ان كان الواطئ مالك الرقبة فلا مهر عليه وله المهر على صاحب المنفعة اذا كان هو الواطئ، وعند اصحابنا واصحاب الشافعي بعكس ذلك فيهما وقد تقدم تعاليل ذلك ويحتمل ان يجب الحد على صاحب المنفعة اذا وطئ لانه لا يملك الا المنفعة فلزمه الحد كالسنة أجزر فعلى هذا يكون ولده عماركا

(فصل) وليس لواحد منهما تزويجها لان مالك المنفعة لا يملك رقبته ومالك الرقبة لا يملك تزويجها لما فيه من ضرر لصاحب المنفعة بتزويجها فان طلبت ذلك لزم تزويجها لانه لحقها وحقها في ذلك مقدم عليها بدليل انها او طلبته من سيدها الذي يملك رقبته او نفعها اجبر عليه وقدم حقها على حقه وكذلك ان اتفقا على

أو باقية الى الورثة لانه عين للوصية جهة فاذا قاتت حادت الى الورثة كما لو وصى أن يشتري عبد زيد فيعتق فمات العبد أو لم يبعه سيده أو تعذر شراؤه، وان اتفق بض الدراهم ثم مات الفرس بطلت الوصية في الباقي كما لو وصى بشراء عبيدين معينين فاشتري أحدهما ومات الآخر قبل شرائه قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسأل عن رجل أوصى بألف درهم في السبيل أيجعل في الحج منها؟ قال لا، انما يعرف الناس السبيل الغزو.

(فصل) اذا قال يخدم عبدي فلان سنة ثم هو حر صحت الوصية فان قال الموصى له بالخدمة لا أقبل الوصية أو قال قد وهبت الخدمة لم يعتق في الحال وبهذا قال الشافعي، وقال مالك ان وهب الخدمة للعبد عتق في الحال. ولنا أنه أوقع العتق بعد مضي السنة فلم يقع قبله كما لو رد الوصية

(فصل) وان وصى أن يشتري عبد زيد بخمسةائة فيعتق فلم يبعه سيده فالتسائمة للورثة وكذلك ان امتنع عن بيعه بالتسائمة أو تعذر شراؤه بموته أو لم يجز ذلك عن ثمنه فالثمن للورثة لان الوصية بطالت

تزوجها قبل طلبها جاز ووابها في الموضعين مالك رقبته لأنه مالها والكلام في مهرها وولدها على ما تقدم في الفصل الذي قبله

(فصل) وإن قتل العبد الموصى بنفعه وجبت قيمته يشتري بها ما يقوم مقام الموصى به لأن كل حق يتعلق بالعين يتعلق ببدنها إذا لم يبطل سبب استحقاقها، ويفارق الزوجة والعين المستأجرة لأن سبب الاستحقاق يبطل بثلثيهما ويحتمل أن نجب القيمة فأورث أو مالك الرقبة وتبطل الوصية لأن القيمة بدل الرقبة فتكون لصاحبها وتبطل الوصية بالنفقة كما تبطل بالاجارة

(فصل) وإذا أوصى لرجل بحب زرع ولا آخر بذته صح والنفقة بينهما لأن كل واحد منهما يتعلق حقه بالزرع فإن امتنع أحدهما من الاتفاق فها بمنزلة الشريكين في أصل الزرع إذا امتنع أحدهما من سقيه والاتفاق عليه في ذلك وجهان (أحدهما) يجبر على الاتفاق عليه هذا قول أبي بكر لأن في ترك الاتفاق ضرراً عليهما وإضاعة المال وقد قال النبي ﷺ لا ضرر ولا ضرار، ونهى عن إضاعة المال (والوجه الآخر) لا يجبر لأنه لا يجبر على الاتفاق على مال نفسه ولا مال غيره إذا كان كل واحد منهما منفرداً فكذا ذلك إذا اجتمعا وأصل الوجهين إذا استهدم الخائط المشترك فدعا أحد الشريكين الآخر إلى مبادئته فامتنع وبني على أن تكون النفقة بينهما على قدر قيمة حق كل واحد منهما كما لو كانا مشتركين في أصل الزرع

(فصل) وإن أوصى له بخاتم ولا آخر بنفسه صح وليس لواحد منهما الانتفاع، إلا باذن صاحبه وأيهما طلب قلم النص من الخاتم أجيب إليه وأجبر الآخر عليه وإن اتفقا على بيعه أو اصطالعا على لبسه جاز لأن الحق لهما لا يدرهما

لنعتذر العمل بها فأشبه ما لو وصى لرجل فمات قبل موت الموصي أو بعده ولم يدع وارثاً ولا يلزم الورثة شراء عبد آخر لأن الوصية لمعين فلا تصرف إلى غيره فإن اشتروه بأقل من ذلك فالباقي للورثة وقال الثوري يدفع جميع الثمن إلى سيد العبد لأنه قصد إرفاقه بالثمن ومحاباته فأشبهه ما لو قال يعموه عبدي بخمسمائة وقيمتها أكثر منها وكما لو وصى أن يحج عنه فلان بخمسمائة وهي أكثر من أجر المثل وقال إسحاق يجعل بقية الثمن في العتق كما لو وصى أن يحج عنه بخمسمائة رد ما فضل في الحج ولنا أنه أمر بشرائه بخمسمائة فكان ما فضل من الثمن راجعاً إليه كما لو وكل في شرائه في حياته وفارق ما إذا أوصى أن يحج عنه رجل بخمسمائة لأن القصد ثم إرفاق الذي يحج بالفضلة، وفي مسئلتنا المقصود العتق، ويفارق ما إذا أوصى أن يحج عنه بخمسمائة لغير معين لأن الوصية ثم الحج مطلقاً فتصرف جميعها فيه وههنا لمعين فلا تتعداه، وقوله أنه قصد إرفاقه زيد ومحاباته به قلنا إن كان ثم قرينة تدل على ذلك إما لكون البائع صديقه أو ذا حاجة أو من أهل الفضل الذين يقصدون بهذا أو كان يعلم حصول العبد بدون الخمسمائة لقلته قيمته فإنه يدفع جميع الثمن إلى زيد كما لو صرح بذلك فقال ادفعوا إليه جميعها

(فصل) وإن أوصى لرجل بدينار من غلة داره وغلتها ديناران صح قلن أراد الورثة بيع نصفها وترك النصف الذي أجره دينار فله منهم منه لأنه يجوز أن يتخص أجره عن الدينار، وإن كانت الدار لا تخرج من الثلث فلم يبع ما زاد عليه وعليهم ترك الثلث فإن كانت غلته ديناراً أو أقل فهو الموصى له وإن كانت أكثر فله دينار والباقي للورثة

(فصل) وتصح الوصية بما لا يقدر على تسليمه كالعبد الآبق والجلل الشارد والطير في الهواء والسماك في الماء، لأن الوصية إذا صحت بالمعدوم فبذلك أولى ولأن الوصية أجريت مجرى الميراث وهذا يورث فيرصى به فإن قدر عليه أخذه وسلمه إذا خرج من الثلث وللوصي السعي في تحصيله فإن قدر عليه أخذه إذا خرج من الثلث

(مسألة) قال (وإذا أوصى بجارية لبشر ثم أوصى بها لبكر فهي بينهما)

وجملة ذلك أنه إذا أوصى لرجل معين من ماله ثم وصى به لآخر أو وصى له بثلثه ثم وصى لآخر بثلثه أو وصى بجميع ماله لرجل ثم وصى به لآخر فهو بينهما ولا يكون ذلك رجوعاً في الوصية الأولى وبهذا قال ربيعة ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي، وقال جابر ابن زيد والحسن وعطاء وطارس وداود وصيته الآخر منهما لأنه وصى به لآخر بما وصى به للأول فكان رجوعاً كما لو قال ما وصيت به لبشر فهو لبكر ولأن الثانية تنافي الأولى فإذا أتى بها كان رجوعاً كما لو قال هذا لورثتي

وإن بذله بدونها وإن عدت هذه الفرائض فالظاهر أنه إنما قصد العتق وقد حصل فكان الثمن عائداً إلى الورثة كما لو أمره بالشراء في حياته قال شيخنا وهذا الصحيح إن شاء الله تعالى

(فصل) ولو وصى أن يشتري عبد بألف فيعتق عنه فلم يخرج من ثلثه اشتري عبد بالثلث وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة تبطل الوصية لأنه أمر بشراء عبد بألف فلا يجوز للمأمر بالشراء بدونه كالوكيل . ولنا أنها وصية يجب تنفيذها إذا احتملها الثلث فإذا لم يحتملها أوجب تنفيذها فيما حمله كذا لو وصى بعتق عبد فلم يحمله الثلث، وفارق الوكالة فإنه لو وكله في اعتناق عبد لم يملك اعتناق بعضه، ولو وصى إليه باعتناق عبد أعتق منه ما يحتمله الثلث فإن حمله الثلث فاشتراه وأعتقه ثم ظهر على الميت دين يستغرق المال فالوصية باطلة ويرد العبد إلى الرق إن كان اشتراه بين المال لانتا تبينا أن الشراء باطل لكونه اشترى بمال مستحق للفرماء بغير إذنهم وإن كان اشتراه في الذمة صح الشراء ونفذ العتق وعلى المشتري غرامة ثمنه لا يرجع به على أحد لأن البائع ما غره إنما غره الموصي ولا تركه له فيرجع عليها وهذا ظاهر مذهب الشافعي ويحتمل أن يشارك الفرماء في التركة ويضرب معهم بقدر دينه لأن الدين غرمه بتقرير الموصي فيرجع به عليه فإذا كان ميتاً لزمه في تركته كإرش جنائته

ولنا أنه وصى لها بها فامتروا فيها كما لو قال لها وصيت لكما بالجارية وما قاموا عليه صرح فيه بالرجوع عن وصيته لبشر وفي مسئلتنا يحتمل أنه قصد التشريك فلم تبطل وصية الآخر بالشك (فصل) وإن وصى بعد لرجل ثم وصى لآخر بثله فهو بينهما أربعة على قول الآخرين ينبغي أن يكون لذني ثلثه كالأول وإن وصى بعده لاثنين فرد أحدهما وصيته فلا آخر نصه وإن وصى لاثنين بثني ماله فرد الورثة ذلك ورد أحد الوصيين وصيته فلا آخر اثلاث كالأول لأنه وصى له به منفرداً وذلك المزاوجة فكل له كما لو انفرد به

(فصل) إذا أقر الوارث أن أباه وصى بالثلث لبشر وأقام آخر شاهدين أنه وصى له بالثلث فرد الوارث الوصيتين وكان الوارث رجلاً عاتلاً عدلاً وشهد بالوصية حلف معه الموصي له واشتركا في الثلث وبهذا قال أبو ثور وهو قياس قول الشافعي، وقال أصحاب الرأي لا يشارك المقر له بناءً منهم على أن الشاهد واليمين ليس بحجة شرعية، وقد ثبت أن النبي ﷺ قضى بشاهد ويمين رواء مسلم، وإن كان المقر ليس بعدل أو كان امرأة فالثالث لمن ثبتت له البينة لأن وصيته ثابتة ولم تثبت وصية الآخر وإن لم يكن لواحد منهما بينة فأقر الوارث أنه أقر لفلان بالثلث أو بهذا العبد وأقر لفلان به بكلام متصل فالمقر به بينهما وبهذا قال أبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً، وإن أقر به لواحد ثم أقر به لآخر في مجلس آخر لم يقبل إقراره لأنه ثبت للأول بإقراره فلا يقبل قوله فيما ينقص بحق الأول إلا أن يكون عدلاً فيشهد بذلك ويحلف معه المقر له فيشاركه كما لو ثبت للأول بينة وإن أقر لثاني في المجلس بكلام متصل ففيه وجهان

(فصل) وإن وصى بشراء عين وأطلق أو يبيعه بعبده وأطلق فالوصية باطلة لأن الوصية لا بد لها من مستحق ولا مستحق ههنا فإن وصى ببيعه بشرط التيق صحت الوصية ويبع كذلك لأن في البيع نقلاً للعبد بالثمن فإن لم يوجد من يشتريه كذلك بطلت الوصية لتعذرها كما لو وصى بشراء عبد يعتق فلم يبعه سيده، وإن وصى ببيعه لرجل بيمينه بثمن معلوم يبع لأنه قصد إرفاقه بذلك في الغالب وإن لم يسم ثمناً بيع بقيمته وتصح الوصية لكونه قصد إيصال العبد المعين إلى رجل بيمينه فيحتمل أن يتعلق الغرض بإرفاق العبد بإيصاله إلى من هو معروف بحسن الملك واعتناق الرقاب ويحتمل أن يريد إرفاق المشتري لمعنى يحصل له من العبد فإن تعذر بيعه لذلك الرجل أو أبي أن يشتريه بالثمن أو بقيمته إن لم يعين الثمن بطلت الوصية

(مسئلة) (وإن وصى في أبواب البر فقال شيخنا يصرف في القرب كلها)

لأن اللفظ للعموم فيجب حمله على عمومته ولا يجوز تخصيص العموم بغير دليل، وقيل عن أحمد تصرف في أربع جهات في الأقارب والمساكين والحج والجهاد، وعنه فداء الأسرى مكان الحج لأن الصدقة على الأقارب صدقة وصلة والمساكين مصارف الصدقات والزكاة والحج والجهاد من أكرم

(أحدهما) لا يقبل لأن حق الأول ثبت في الجيم فأشبهه ماله أقر له في مجلس آخر (والثاني) يقبل لأن المجلس الواحد كالحال الواحدة فإن الحرقى قال وإذا خلف ابنا وألف درهم فأقر بها لرجل ثم أقر بألف آخر فإن كان في مجلس واحد فالألف بينهما وإن كان في مجلسين فهي للاول ولا شيء للثاني والاول أقر لأن حق الاول ثبت في البيت كاملاً لا قراره به منترداً فأشبهه ماله كان في مجلسين وكما لو أقر بدرهم ثم سكت ثم قال زيوتاً أو صغاراً أو إلى شهر أو كما لو استثنى مما أقر به بكلام منفصل في المجلس

(مسئلة) (وان قال ما أوصيت به لبشر فهو لبكر كانت لبكر)

هذا قولهم جميعاً وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وهو أيضاً على مذهب الحسن وعطاء وطاوس ولا نعلم فيه مخالفاً لأنه صرح بالرجوع عن الاول بذكره ان ما أوصى به مردود إلى الثاني فأشبهه ماله قال رجعت عن وصيتي لبشر وأوصيت بها لبكر بخلاف ما إذا أوصى بشيء واحد لرجلين أحدهما بعد الآخر فإنه يحتمل أنه قصد التشريك بينهما وقد ثبتت وصية الاول يقيناً فلا نزول بالشك (فصل) وان قال ما أوصيت به لفلان فنصفه لفلان أو ثلثه كان رجوعاً في القدر الذي وصى به للثاني خاصة وبقي الاول

(فصل) وأجمع أهل العلم على أن لا رمى أن يرجع في جيم ما أوصى به وفي بعضه إلا الوصية بالاعتاق والاكترون على جواز الرجوع في الوصية به أيضاً. روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال يغير الرجل

شأنه الاسلام وفداء الاسرى من أعظم القربات، وقد نقل المروزي عن أحمد فبن أوصى بثلثه في أبواب البر بجزء ثلاثة أجزاء جزء في الجهاد وجزء يتصدق به في أقاربه وجزء في الحج وقال في رواية أبي داود الفزوي يبدأ به وحكي عنه أنه جعل جزءاً في فداء الاسرى، قال شيخنا وهذا والله أعلم ليس على سبيل الزوم والتحديد بل يجوز صرفه في جهات البر كلها لان اللفظ للعموم فيجب حمله على عمومته ولأنه وبما كان غير هذه الجهات أحوج من بعضها وأحق فقد تدعو الحاجة إلى تكفين ميت وإصلاح طريق واعتاق رقبة وقضاء دين وإغاثة ملهوف أكثر من دعائها إلى حج من لا يجب عليه الحج فيكلف وجوب ما لم يكن عليه واجباً وتعباً كأن الله تعالى قد أراحه منه من غير مصلحة تعود على أحد من خلق الله تعالى فتقديم هذا على ما مصلحته ظاهرة والحاجة إليه داعية بنبر دليل تحكم لا معنى له

(فصل) وان قال ضع ثلثي حيث أراك الله فله صرفه في أي جهة من جهات القرب رأى وضعه فيها عملاً بمنقضى وصيته وذكر القاضي أنه يجب صرفه إلى الفقراء والمساكين، والأفضل صرفه إلى فقراء أقاربه فإن لم يجد فإلى محارمه من الرضاع فإن لم يكن فإلى جيرانه وقال أصحاب الشافعي يجب ذلك لانه رده إلى اجتهاده فيما فيه الحظ وهذا أحظ

ولنا أنه قد يرى غير هذا أهم منه وأصلح فلا يجوز تقييده بالتحكم ونقل أبو داود عن أحمد

ما شاء من وصيته وبه قال عطاء. وجابر بن زيد والزهرى وقزادة ومالك والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور، وقال الشعبي وابن سيرين وابن شبرمة والنخعي يغيرونها ما شاء إلا العتق لأنه اعتاق بعد الموت فلم يملك تغييره كالندينير

ولنا أنها وصية فملك الرجوع عنها كغير العتق ولأنها عطية تنجز بالموت تجاز له الرجوع عنها قبل تنجزها كهيئة ما يقتدر اليه القبض قبل قبضه، وفارق الندينير فإنه تعليق على شرط فلم يملك تغييره كتمليقة على صفة في الحياة

(فصل) ويحصل الرجوع بقوله رجعت في وصيتي أو أبطأتها أو غيرتها أو ما أوصيت به لفلان فهو لفلان أو فهو لورثتي أو في ميراثي، وإن أكله أو أطعمه أو أنفقه أو وهبه أو تصدق به أو باعه أو كان ثوباً غير مفصل فذمه ولبسه أو جارية فأحبها أو ما أشبه هذا فهو رجوع، قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم أنه إذا أوصى لرجل بطعام فأكله أو بشيء فأنفقه أو تصدق به أو وهبه أو بجارية فأحبها أو أولادها أنه يكون رجوعاً، وحكي عن أصحاب الرأي أن بيعه ليس برجوع لأنه أخذ بدله بخلاف الهبة

ولنا أنه أزال ملكه عنه فكان رجوعاً كما أو وهبه، وإن عرضه على البيع أو وصي ببيعه أو أوجب الهبة فلم يقبلها الموهوب له أو كاتبه أو وصى باعتقه أو دبره كان رجوعاً لأنه بدل على اختياره الرجوع برضه على البيع وإيجابه الهبة ووصيته ببيعه أو اعتاقه لكونه وصى بما ينافي الوصية الأولى والكتابة بيع والتدينير أقوى من الوصية لأنه ينجز بالموت فيسبق أخذ الموصى له، وإن رهنه كان رجوعاً لأنه علق به

أنه سئل عن رجل أوصى بثلثه في المساكين وله أقارب محايج فلم يوص لهم بشيء ولم يرثوا فإنه يبدأ بهم قاتم أحق قال وسئل عن النصراني يوصي بثلثه للفقراء من المسلمين أيعطى اخوته وهم فقراء؟ قال نعم هم أحق يعطون خمسين درهما لا يزدادون على ذلك يعني لا يزداد كل واحد منهم على ذلك لأنه القدر الذي يحصل به النفي

(مسئلة) (وان وصى أن يحج عنه بألف صرف في حجة بعد أخرى حتى ينفذ)

إذا أوصى أن يحج عنه بقدر من المال صرف جميع ذلك في الحج إذا حمه اثلاث لأنه وصى به في جهة قربة فوجب صرفه فيها كما لو وصى في سبيل الله تعالى وليس للوصي أن يصرف إلى من يحج أكثر من نفقة المثل لأنه المثل له التصرف في المماضة فاقضى عوض المثل كالنوكيل في البيع ثم لا يملكه إلا أن يكون بقدر نفقة المثل لحجة واحدة فيصرف فيها أو ناقصاً فيحج به من حيث يأن في ظاهر نصوص أحمد فإنه قال في رواية حنبل في رجل أوصى أن يحج ولا تبلغ النفقة فقال يحج عنه من حيث تبلغ النفقة للراكب من أهل مدينته وهذا قول الثوري وقال القاضي بيان به في الحج وهو قول سوار القاضي حكاه عنه الثوري وعن أحمد أنه غير في ذلك فإنه قال في

حقاً يجوز بيعه فكان أعظم من عرضه على اليمين ، وفيه وجه آخر أنه ليس برجوع وهو وجه لأصحاب الشافعي لأنه لا يزيل الملك فأشبهه أجارته وكذلك الحكم في الكتابة

(فصل) وان وصى بحب ثم طعنه أو بدقيق فحجته أو بهجين فخره أو بخبز فنته أو جملة فتينا كان رجوعاً لأنه أزال اسمه وعرضه للاستعمال فدل على رجوعه وهذا قال الشافعي ، وان وصى بكتان أو قطن ففرله أو بفزل فندسخه أو بثوب فقطعه أو بنقرة فضررها أو شاة فذبجها كان رجوعاً ، وهذا قال أصحاب الرأي والشافعي في ظاهر مذهبه واختار أبو الخطاب أنه ليس برجوع وهو قول أبي ثور لأنه لا يزيل الاسم . ولنا أنه عرضه للاستعمال فكان رجوعاً كالتي قبلها ولا يصح قوله أنه لا يزيل الاسم فان الثوب لا يسمى غزلاً والفزل لا يسمى كتاناً

(فصل) وان وصى بشي معين ثم خلطه بغيره على وجه لا يتميز منه كان رجوعاً لأنه يتعذر بذلك تسليمه فيدل على رجوعه ، فان خلطه بما يتميز منه لم يكن رجوعاً لأنه يمكن تسليمه ، وان وصى بقفيز فح من صبرة ثم خلطها بغيرها لم يكن رجوعاً سواء خلطها بمثلها أو بخير منها أو دونها لأنه كان مشاعاً وبقي مشاعاً . وقيل ان خلطه بخير منه كان رجوعاً لأنه لا يمكن تسليم الموصى به الا بتسليم خير منه ولا يجب على الوارث تسليم خير منه فصار متعذر التسليم بخلاف ما اذا خلطه بمثل أو دونه

(فصل) وانما حدث بالموصى به ما يزيل اسمه من غير فعل الموصي مثل ان سقط الحب في الارض فصار زرعاً أو انهدمت الدار فصارت فضاء في حياة الموصي بطلت الوصية بها لان الباقي لا يتناول الاسم ، وان كان انهدام الدار لا يزيل اسمها سلمت اليه دون ما انفصل منها لان الاسم حين الاستحقاق يقع على المتصل دون المنفصل ، ويقيم الدار في الوصية ما يتبعها في البيع

رواية أبي داود في امرأة أوصت بحج لا يجب عليها: أرى أن يؤخذ ذلك ما لما فيان به في الحج أو يحج به من حيث يبلغ فان كان بفضل عن الحجة دفع في حجة ثانية وثالثة الى أن ينفذ أو يتي ما لا يبلغ حجة فيحج به من حيث يبلغ أو يعان به في الحج على ما ذكرنا من الخلاف فيه ولا يستتيب في الحج مع الامكان الا من بلد المحجوج عنه لأنه نائب عن الميت وقائم مقامه فينوب عنه من موضع لو حج المنوب عنه لحج منه فان كان الموصى به لا يحمله الثلث لم يخل من أن يكون الحج فرضاً أو تطوعاً فان كان فرضاً أخذ أكثر الامرئين من الثلث أو القدر الكافي لحج الفرض ان كان قد أوصى بالثلث فان كان الثلث أكثر أخذ ثم يصرف منه في الفرض قدر ما يكفيه ثم يحج بالباقي تطوعاً حتى ينفذ كما ذكرنا من قبل ، وان كان الثلث أقل ثم قدر ما يكفي الحج من رأس المال وهذا قال عطاء وطاوس والحسن وسعيد بن المسيب والزهري والشافعي واسحاق قال سعيد بن المسيب والحسن كل واجب من رأس المال ، وقال ابن سيرين والنخعي والشعبي وحامد بن أبي سليمان واثوري وأبو حنيفة وداود ابن أبي هند ان وصى بالحج من ثلثه والا فليس على ورثته شيء فلي قولهم ان لم ينف الثلث بالموصى به والا لم يزد على الثلث لان الحج عبادة فلا يلزم الوارث ثالثة

(فصل) وان جحد الوصية لم يكن رجوعاً في أحد الزوجين ، وهو قول أبي حنيفة في إحدى الروايتين ولأنه عقد فلا يطل بالجمود كسائر العقود (والثاني) يكون رجوعاً لأنه يدل على أنه لا يريد اتصاله إلى الموصي له ، وان غسل الثوب أو لبسه أو جصص الدار أو سكنها أو أجر الامة أو زوجها أو عليها أو وطنها لم يكن رجوعاً لأن ذلك لا يزيل الملك ولا الاسم ولا يدل على الرجوع ويحتمل أن وطأ الامة رجوعاً لأنه يعرضها للخروج عن جواز النقل والاول أولى لأنه انتفاع لا يزيل الملك في الحال ولا يفغني اليه بقينا فأشبهه لبس الثوب فإنه ربما أنقذه وليس برجوع

(فصل) نقل الحسن بن ثواب عن أحمد في رجل قال هذا ثوبي فلان ويعطى فلان منه مائة في كل شهر الى أن يموت فهو للآخر منهما ويعطى هذا مائة في كل شهر فان مات وفضل شيء رد الى صاحب الثالث لحكم الوصية وانفاذها على ما أمر به الموصي

(مسألة) قال (ومن كتب وصية ولم يشهد فيها حكم بها ما لم يعلم رجوعه عنها)

نص أحمد على هذا في رواية اسحاق بن ابراهيم فقال من مات فوجدت وصيته مكتوبة عند رأسه ولم يشهد فيها وعرف خطه وكان مشهور الخط يقبل ما فيها . وروي عن أحمد أنه لا يقبل الخط في الوصية ولا يشهد على الوصية الختومة حتى يدعها الشهود منه أو تقرأ عليه فيقر بما فيها وبهذا قال الحسن وأبو قلابة والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لأن الحكم لا يجوز برؤية خط الشاهد بالشهادة بالاجماع فكذا همنا

ولنا قول النبي ﷺ « لو كان على أهلك دين أكنت قاضيه ؟ » قال نعم قال « فدين الله أحق أن يقضى » والدين من رأس المال فما هو أحق منه أولى ولأنه واجب فكان من رأس المال كدين الآدمي وان كان تطوعاً اخذ الثالث لا غير اذا لم يحجز الورثة ويحج به على ما ذكرنا (مسألة) (وان وصى ان يحج عنه حجة بألف دفع السكك إلى من يحج)

اذا وصى ان يحج عنه حجة واحدة بقدر من المال وكان فيه فضل عما يحج به فهو لمن يحج لأنه قصد ارفاقه بذلك فكانه صرح فقال حجوا عني حجة واحدة بألف وما فضل منها فهو لمن يحج

(مسألة) (فان عينه في الوصية فقال يحج عني فلان بألف صرف ذلك اليه وان لم يعين فله موصى اليه صرفه الى من شاء)

لأنه فوض اليه الاجتهاد الا انه لا يملك صرفها الى وارث اذا كان فيها فضل الا باذن الورثة وان لم يكن فيها فضل جاز لأنه لا محاباة فيها ثم ينظر فان كان الحج الموصى به تطوعاً اعتبر من الثالث وان كان واجباً فالزائد عن نفقة المثل معتبر من الثالث وان لم يف الموصى به بالحج اتم من رأس المال وفيه من الخلاف ما ذكرنا

وأبأن من هذا أن الحاكم لو رأى حكمه بخطه تخيه ختمه ولم يذكر أنه حكم به أو رأى الشاهد شهادته بخطه ولم يذكر الشهادة لم يجوز الحاكم انفاذ الحكم بما رجاه ولا للشاهد الشهادة بما رأى خطه به فهنا أولى ، وقد نص أحمد على هذا في الشهادة ، وجه قول الحرقى قول النبي ﷺ « ما من امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده » ولم يذكر شهادته وما ذكرناه في الفصل الأول الذي يلي هذا ، ولأن الرعية يتسامح فيها ولهذا صح تعاليتها على الخطر والفرار وصحت العمل به وبما لا يقره على تسليمه والمعدوم والمجهول فجاز أن يتسامح فيها بقبول الخط كرواية الحديث

(فصل) وإن كتب وصيته وقال اشهدوا علي بما في هذه الورقة أو قال هذه وصيتي فاشهدوا علي بها فقد حكى عن أحمد أن الرجل إذا كتب وصيته وختم عليها وقال لشهود اشهدوا علي بما في هذا الكتاب لا يجوز حتى يسمعوها منه مافية أو يقرأ عليه فيقرأ بما فيه وهو قول من سمينا في المسئلة الأولى ويحتمل كلام الحرقى جوازه لأنه إذا قبل خطه المجرد فهذا أولى ، وعن قول عبد الملك بن بلي ومكحول وغير بن إبراهيم ومالك والليث والارزاعي ومحمد بن مسلمة وأبو عبيد واسحاق واحتج أبو عبيد بكتب رسول الله ﷺ إلى عماله وأمرائه في أمر ولايته وأحكامه وسننه ثم ما علمت به الخلفاء الرشدون المهديون بعده من كتبهم إلى ولاتهم بالأحكام التي فيها الدماء والفروج والأموال يهشرون بها مخترمة لا يعلم حاملها ما فيها واضموها على وجورها وذكر استخلاف علي بن عبد الملك عمر بن عبد العزيز بكتب بكتبه وختم عليه ولا يعلم أحداً أنكروا ذلك ثم شهرته وانتشاره في علماء العصر فكان إجماعاً روجه الأول أنه كتاب لا يعلم الشاهد مافية لم يجوز أن يشهد عليه ككتاب القاضي إلى

(مسئلة) (فان أبى الحج وقال اصرفوا لي الفضل لم يعطه وبطلت الوصية في حقه)

إذا قال المعين ذلك بطل التعيين ويحج عنه بأقل ما يمكن أنسان ثقة سواء يصرف الباقي إلى الورثة ويحتمل أن تبطل الوصية ان كان الحج تطوعاً لأنه عين لها جهة فإذا لم يقبها بطلت كما لو قال يبعوا عبدي لفلان بمائة فأنى شراء والظاهر أنها لا تبطل لأنه قصد القرية والتعيين فإذا بطل التعيين لم تبطل القرية كما لو قال يبعوا عبدي لفلان وتصدقوا بئس منه فلم يقبل فلان فانه يباع من غيره ويتصدق بئس منه فان قال المعين اصرفوا لي انفضل عن ثقة الحج لأنه موصى لي به لم يصرف إليه شيء لأنه إنما أوصى له بالزيادة بشرط ان يحج فإذا لم يوجد الشرط لم يستحق شيئاً

(فصل) فإذا قال حجوا عني حجة ولم يذكر قدراً من المال فانه لا يدفع الى من يحج الا قدر نفقة المثل لما ذكرنا والباقي للورثة وهذا ينبغي على أنه يجوز الاستئجار عليه إنما ينوب عنه نائب فأنفق عليه فيما يحتاج اليه فهو من مال الموصي وما بقي للورثة فان تلف المال في الطريق فهو من مال الموصي وليس على النائب اتمام الحج وإن قلنا يجوز الاستئجار على الحج فلا يستأجر الا ثقة بأقل ما (المفني والشرح الكبير) (٦٢) (الجزء السادس)

اقتاضي ، فأما ما ثبت من الوصية بشهادة أو اقرار الورثة به فإنه يثبت حكمه ويعمل به ما لم يعرجوه عنه وإن طالت مدته وتغيرت أحوال الموصي به . مثل أن يوصي في مرض فيبرأ منه ثم يموت بعد أو يقتل لأن الأصل بقاءه فلا يزول حكمه بمجرد الاحتمال والشك كسائر الأحكام

(فصل) ويستحب أن يكتب الوصي وصيته ويشهد عليها لأنه أحفظ لها وأحوط لها فيها وقد صح أن النبي ﷺ قال «ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده» وروى عن أنس أنه قال : كانوا يكتبون في صدور وصاياهم (بسم الله الرحمن الرحيم) هذا ما أوصى به فلان أنه يشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأن محمداً عبده ورسوله (وأن الساعة آتية لا ريب فيها وأن الله يبعث من في القبور) وأوصى من ترك من أهله أن يتقوا الله ويصلحوا ذات بينهم ويطيعوا الله ورسوله إن كانوا مؤمنين وأوصاهم بما أوصى به إبراهيم بنيه ويعقوب (يا بني إن الله اصطفى لكم الدين فلا تموتن إلا وأنتم مسلمون) أخرجه سعيد عن فضيل بن عياض عن هشام بن حسان عن ابن سيرين عن أنس

وروي عن ابن مسعود أنه كتب (بسم الله الرحمن الرحيم) هذا ذكر ما أوصى به عبد الله بن مسعود إن حدث بي حادث الموت من مرضي هذا إن مرجع وصيتي إلى الله وإلى رسوله ثم إلى الزبير ابن العوام وابنه عبد الله وأنهما في حل وبلى فيما وليا وقضيا وأنه لا تزوج امرأة من بنات عبد الله إلا بأذنهما وروى ابن عبد البر قال كان في رصبة أبي الدرداء (بسم الله الرحمن الرحيم) هذا ما أوصى به أبو الدرداء أنه يشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأن محمداً عبده ورسوله وأن الجنة حق وأن

يمكن وما فضل فهو للاجير لأنه ما أعطى بعد الاجارة وإن تلف المال في الطريق بعد قبض الاجير له فهو من ماله ويلزمه إتمام الحج وإن قال حجوا غني ولم يقل حجة واحدة لم يحج عنه إلا حجة ولأنه أقل ما يقع عليه الاسم فإن عين مع هذا فقال يحج عني فلان دفع إليه بقدر نفقته من بلده إذا خرج من اثنتان فإن أبى الحج إلا بزيادة تصرف إليه فينبغي أن يصرف إليه أقل قدر يمكن أن يحج به غيره فإن أبى الحج وكان واجباً استتيب غيره بأقل ما يمكن استتابته والله أعلم

(فصل) وإن وصى أن يحج عنه زيد بمائة ولعمرو بتمام اثنتان ولسعد بثلث ماله فأجاز الورثة أفضيت على ما قال الموصي فإن لم يفضل عن المائة شيء فلا شيء لعمرو لأنه إنما وصى له بالفضل ولا فضل وإن رد الورثة قسم الثالث بينهم نصفين لسعد السدس ولزيد مائة وما فضل من الثالث فاعلمرو فإن لم يفضل منه شيء فلا شيء لعمرو لأنه إنما وصى له بالزيادة ولا زيادة ولا تمتنع المزاحمة به ولا يعطى شيئاً كولد الأب مع ولد الابوين في مزاحمة الجد ويحتمل أنه متى كان في الثلث فضل عن المائة أن يرد كل واحد إلى نصف وصيته لأن زيدا إنما استحق المائة بالاجازة فمع الرد يدخل عليه من النقص بقدر وصيته كمائر الوصايا

الثالث حق وان الله يبعث من في القبور وانه يؤمن بالله ويكفر بالطاغوت على ذلك يحيا ويموت ان شاء الله وأوصى فيها رزقه الله تعالى بكذا وكذا وان هذه وصيته ان لم يغيرها
(مسئلة) قال وما أعطى في مرضه الذي مات فيه فهو من الثلث

وجهة ذلك ان التبرعات المنجزة كالعتق والحباة والهبة المفبوضة وانصدقة والوقف والابراء من الدين والغفو عن الجنابة الموجبة للمال اذا كانت في الصحة فهي من رأس المال لانعلم في هذا خلافاً وان كانت في مرض مخوف اتصل به الموت فهي من ثلث المال في قول جمهور العلماء ، وحكي عن اهل الظاهر في الهبة المفبوضة انها من رأس المال وليس بصحيح لما روي ابو هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «ان الله تصدق عليكم عند وفائكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم» رواه ابن ماجه وهذا يدل بمفهومه على انه ليس له اكثر من الثلث وروى عمران بن حصين ان رجلا من الانصار اعتق مئة أعبد له في مرضه لامال له غيرهم فاستدعاهم رسول الله ﷺ فجزأهم ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم فاعتق اثنين وأوق أربعة متفق عليه واذا لم ينفذ العتق مع مرايته فقبره اولى ولان هذه الحال الظاهر منها الموت فكانت عطية فيها في حق ورثته لا تتجاوز الثلث كالرصية

(فصل) وحكم العطايا في مرض الموت المحرف حكم الوصية في خمسة اشياء (احدها) ان يقف نفوذها على خروجها من اثاث او اجزة الورثة (الثاني) انها لا تصح لو ارثت الا باجزة بقية الورثة (الثالث)

(نصل) وان وصى لزيد بعبد بعينه ولعمرو ببقية الثلث قوم العبد يوم موت الموصي لانه حال نفوذ الوصية ودفع إلى زيد ودفع الى بقية الثلث الى عمرو فان لم يبق من الثلث شيء بطلت وصية عمرو، وان مات العبد بعد موت الموصي قومنا التركة حال موت الموصي بدون العبد ثم تقوم العبد لو كان حيا فان بقي من الثلث بعد قيمته شيء فهو لعمرو وإلا بطلت وصيته، ولو قال لاحد عبديه أنت مدبر ثم قال لا آخر أنت مدبر في زيادة الثلث عن قيمة الاول ثم بطل تدبير الاول بموته فهي كالتي قبلها على ما ذكرنا او رجوعه فيه أو خروجه مستحقا أو غير ذلك

(مسئلة) (وان وصى لاهل سكنه فهو لاهل دربه)

لان السكة الطريق والدرب مضاف اليه

(مسئلة) (وان وصى لخيرانه تناول أربعين داراً من كل جانب)

نص عليه احمد وبه قال الاوزاعي والشافعي وقال ابو حنيفة الجار الملاصق لان النبي ﷺ قال «الجار احق بصقبه» يعني الشفعة وإعما يثبت للملاصق ولان الجار مشتق من المجاورة وقال قتادة الجار الدار والداران وروي عن علي عليه السلام في قول النبي ﷺ لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد قال من سمع النداء وقال سعيد بن عمرو بن جمدة من سمع الاقامة وقال ابو يوسف الجيران اهل المحلة ان جمعهم مسجد فان تفرق اهل المحلة في مسجدين صغيرين متقاربين فالجميع جيران وان كانا عظيمين فكل اهل مسجد جيران واما الأمصار التي فيها القبائل فالجوار على الانتفاذ

ان فضيلتها ناقصة عن فضيلة الصدقة في الصحة ولان النبي ﷺ سئل عن افضل الصدقة قال « ان تصدق وانت صحيح صحيح تأمل الغنى وتخشى الفقر ولا تمهل حتى اذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا وقد كان لفلان « متفق عليه ولفظا قال: قال رجل يا رسول الله اي الصدقة افضل؟ (الرابع) انه يزاحم بها الوصايا في الثلث (الخامس) ان خروجها من الثلث معتبر حال الموت لانه لا بعده وبما في الوصية في ستة اشياء (اخذها) انها لازمة في حق المعطي ليس له الرجوع فيها وان كثرت ولان المنع على الزيادة من الثلث انما كان لحق الورثة لالحق فلم يملك اجازتها ولا ردها رادها اكله الرجوع في الوصية لان التبرع بها مشروط بالموت فلم يملك اجازتها ولا ردها وانما كان له الرجوع في الوصية لان التبرع مشروط بالموت فنيا قبل الموت لم يوجد التبرع ولا العطية بخلاف العطية في المرض فانه قد وجدت العطية منه والقبول من المعطي: «قبض فلزم كالوصية اذا قبلت بعد الموت وقبضت (الثاني) ان قبولها على الفور في حل حياة المعطي وكذلك ردها، الوصايا لا حكم لقبولها ولا ردها الا بعد الموت لما ذكرنا من ان العطية تصرف في الحال فتعتبر شروطه وقت وجوده والوصية تبرع بعد الموت فتعتبر شروطه بعد الموت (الثالث) ان العطية تنقصر الى شروطها المشروطة لها في الصحة من العلم وكونها لا يصح تعليقها على شرط وغر في غير العتق والوصية بخلافه (الرابع) انها تقدم على الوصية وهذا قول الشافعي وجمهور العلماء وبه قال ابو حنيفة وابو يوسف وزفر الا في العتق فانه حكي عنهم تقديمه لان العتق يتعلق به حق الله تعالى ويسري وقفه وينفذ في ملك الغير فيجب تقديمه

ولنا ان العطية لازمة في حق المريض فتقدمت على الرصية كعطية الصدقة وكما لو تسارى الحقان (الخامس) ان المعطيا اذا عجز العتق عن جميع يدي بالاول فالاول سواء كان الاول متيقا أو غيره وبهذا ولنا ما روى ابو هريرة ان رسول الله ﷺ قال « الجار اربعون داراً هكذا وهكذا وهكذا وهكذا » وهذا نص لا يجوز العدول عنه ان صح وان لم يثبت الخبر فالجار هو المقارب ويرجع في ذلك الى العرف وقال ابو بكر مستدار اربعين داراً من كل جانب والحديث يحتمله (مسئلة) (وان وصى لاقرب قرابته او اقرب الناس اليه او اقربهم به رحماً لم يدفع بنفسه من غير واسطة والأخ والجد سواء)

لان كل واحد يدلي الى الآخر مع وجود الاقرب فان كان له اب وابن فهما سواء، لان كل واحد منها يدلي بالاب من غير واسطة ويحتمل تقديم الابن على الاب لانه يسقط تمصيه والاولى أولى لان إسقاط تمصيه لا يمنع مساواته في القرب ولا كونه أقرب منه بدليل أن ابن الابن يسقط تمصيه مع بعده ويحتمل تقديم الأخ على الجد لان الأخ يدلي ببنة الاب والجد يدلي بالابوة فهما كالأب والابن والاولى ولا يصح قياس الأخ على الابن لانه لا يسقط تمصيد الجد بخلاف الابن ويقدم الابن على الجد والاب على ابن الابن ونال اصحاب الشافعي يقدم ابن الابن على الاب في وجه لانه يسقط تمصيه ولنا ان الاب يدلي بنفسه وبلي ابنه من غير حاجز ولا يسقط ميراثه بحال بخلاف ابن الابن والاب والام سواء وكذلك الابن والبنت والجد ابو الاب وابو الام وام الاب وام الام كاهم سواء

قال الشافعي وقال أبو حنيفة الجميع سواء إذا كانت من جنس واحد، وإن كانت من اجناس وكانت الهبة متقدمة قدمت وإن تأخرت سوى بينهما وبين العتق، وإنا كان كذلك لأن الهبة حق آدمي على وجه المعاوضة قدمت إذا تقدمت كقضاء الدين وإذا تساوى جنسها سوى بينها لأنها عطايا من جنس واحد تعتبر من الثالث فسوى بينها كالوصية وقال أبو يوسف ومحمد يقدم العتق قدم أو تأخر

ولنا أنها عطيتان منجزتان فكانت أولاهما أولى كما لو كانت الأولى محابة عند أبي حنيفة أو عتقا عند صاحبيه ولأن العطية المنجزة لازمة في حق المعطي فإذا كانت خارجة من الذئب لزم في حق الورثة فلو شاركها الثانية لزم ذلك لزومها في حق المعطي لأنه يملك الرجوع عن بعضها بعطية أخرى بخلاف الوصايا فإنها غير لازمة في حقه وإنا تلزم بالموت في حال واحدة فاستويا لاستوائهما في حال لزومهما بخلاف المنجزتين وما قاله في الهبة غير صحيح فإنها بمنزلة الهبة ولو كانت بمنزلة المعاوضة أو الدين لما كانت من الثالث فاما إن وقعت دفعة واحدة كأن وكل جماعة في هذه التبرعات فأوقعوها دفعة واحدة فإن كانت كلها عتقا أفرعنا بينهما فكلنا العتق كله في بعضهم، وإن كانت كلها من غير العتق قسمنا الثلث بينهم على قدر عطايام لأنهم تساوا في الاستحقاق قسم بينهم على قدر حقوقهم كغيرهم المفلس وإنا خولف هذا الأصل في العتق لحديث عمران بن حصين ولأن القصد بالعتق بكل الأحكام ولا نكل الأحكام إلا بتكثير العتق بخلاف غيره ولأن في قسمة العتق عليهم إضرراً بالورثة والميت والعبيد على ما يذكر في موضعه، وإن وقعت دفعة واحدة وفيها عتق وغيره ففيه روايتان (أحدهما) يقدم العتق لنا كيد (والثانية) يسوى بين الكل لأنها حقوق تساوت في استحقاقها فتساوت في تنفيذها كما لو كانت من جنس واحد وذلك لأن استحقاقها حصل في حالة واحدة

(السادس) أن الواهب إذا مات قبل تقيضه الهبة المنجزة كانت الخيرة للورثة إن شاءوا قبضوا وإن شاءوا منعوا والوصية تلزم بالنول بعد الموت بغير رضام

هكذا ذكره شيخنا ويحتمل تقديم أبي الأب على اب الأم لأنه يسقطه ثم بعد الأولاد أولاد البنين وإن سفلوا الأقرب فالأقرب الذكور والانات وفي أولاد البنات وجهان بناء على دخولهم في الوقت ثم من بعد الولد الأجداد الأقرب منهم فالأقرب لأنهم العمود الثاني ثم الأخوة والأخوات ثم ولدهم وإن سفلوا ولا شيء لولد الأخوات إذا قلنا لا يدخل ولد البنات

﴿مسألة﴾ (والأخ من الأب والأخ من الأم سواء والأخ من الأبوين أحق منهما)

الأخ من الأب والأخ من الأم سواء لأنها على درجة واحدة وكذلك ولداها والأخ من الأبوين أحق منهما لأن له قرابتين فهو أقرب ممن له قرابة واحدة

(فصل) والأخ للأب أولى من ابن الأخ من الأبوين كما في الميراث ثم بعدم الأعمام ثم بنوهم وإن سفلوا ويستوي لهم من الأب والأم وعلى الاحتمال الذي ذكرناه في تقديم أبي الأب على أبي الأم تقديم الأم من الأب على الأم وكذلك أبنائهما وعلى هذا الترتيب ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي إلا أنه يرى دخول ولد البنات والأخوات والأخوال والحالات وهذا القول يخرج

(فصل) إذا قال المريض إذا أعتقت سعداً فسعيد حر ثم أعتق سعداً عتق سعيد أيضاً إن خرجا من الثلث وإن لم يخرج من الثلث إلا أحدهما عتق سعد وحده ولم يفرع بينهما لوجهين (أحدهما) أن سعداً سبق بالعتق (والثاني) أن عتقه شرط لعتق سعيد فلورق بعضه لغات إعتق سعيد أيضاً لغوات شرطاً، وإن بقي من الثلث ما يعتق به بعض سعيد عتق تمام الثلث منه، وإن قال إن أعتقت سعداً فسعيد وعمر وحران ثم أعتق سعداً ولم يخرج من الثلث إلا أحدهم عتق سعد وحده لما ذكرنا وإن خرج من الثلث اثنان أو واحد وبعض آخر عتق سعد وأفرع بين سعيد وعمر وحران فما بقي من الثلث لأن عتقهما في حال واحدة وليس عتق أحدهما شرطاً في عتق الآخر، ولو خرج من الثلث اثنان وبعض الثالث أفرعنا بينهما لتكامل الحرية في أحدهما وحصول التذوق في الآخر، وإن قال إن أعتقت سعداً فسعيد حر أو سعيد وعمر وحران في حال اعتقائي سعداً فالحكم سواء، لا يختلف لأن عتق سعد شرط لعتقهما فلورق بعضه لغات شرط عتقهما فوجب تقديمه، وإن كان الشرط في الصحة والاعتاق في المرض فالحكم على ما ذكرنا

(فصل) وإن قال إن تزوجت فعبدي حر فتزوج في مرضه بأكثر من مهر المثل فزيادة محاباة معتبرة من الثلث، وإن لم يخرج من الثلث إلا المحاباة أو العبد فالمحاباة أولى لأنها وجبت قبل العتق لكون التزويج شرطاً في عتقه فقد سبقت عتقه ويحتمل أن يفسر بالانطلاق لأن التزويج سبب ثبوت المحاباة وشرط للعتق فلا يسبق وجود أحدهما صاحبه فيكونان سواء، ثم هل يقدم العتق على المحاباة على روايتين وهذا فيما إذا ثبتت المحاباة بأن لا ترث المرأة الزوج أما لوجود مانع من الإرث أو لفارقتها إياها في

على مذهب أحمد على الرواية التي تجعل القرابة فيها كل من يقع عليه اسم القرابة فاما على الرواية التي تقول إن اسم القرابة يختص من كان من أولاد الآباء وهي التي اختارها الحنفي فلا تدخل فيه الأم ولا أقاربها لأن من لم يكن من القرابة لم يكن من أقرب القرابة فعلى هذا تتناول الوصية من كان أقرب من أولاد الموصي وأولاد آبائه إلى أربعة آباء ولا تعدوهم وإن وصى لجماعة من أقرب الناس إليه أعطى ثلاثة من أقرب الناس إليه فإن وجد أكثر من ثلاثة في درجة واحدة كالخوة فالوصية للجميع لأن بعضهم ليس بأولى من بعض والاسم يشملهم وإن لم يوجد ثلاثة في درجة واحدة ككلت من الثانية فإن كان في الدرجة الثانية جماعة سوى بينهم لما ذكرنا في الدرجة الأولى، وإن لم يكمل من الثانية فن الثالثة فإذا وجد ابن واخ وعم فالوصية بينهم أثلاثاً وكذلك إن كان ابن وإخوان وإن كان ابن وثلاثة أخوة دخل جميعهم في الوصية وينبغي أن يكون الابن ثلث الوصية ولهم ثلثاها فإن كان الابن وارثاً سقط حقه من الوصية إن لم يحز له والباقي للأخوة وإن وصى لمصته فهو لمن يرثه بالتعصيب في الجملة سواء كان من يرث في الحلال أو يكن ويسوي بين قريبهم وببيد لمشمول اللفظ لهم ولا خلاف في أنهم لا يكونون من جهة الأم بحال

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (ولا تصح الوصية لكنيسة ولا يتبارولاً لهماهما والاتفاق

حياته أما بموتها أو طلاقها أو نحوه فاما ان ورثته تبين أنها غير ثابتة لها إلا بإجازة الورثة فينبغي أن يقدم العتق عليها لانه لازم غير موقوف على الاجازة فيكون متقدما، وإن قال أنت حر في حال تزويجي فتزوج وأصدق أكثر من مهر النبل فعلى القول الاول يتساويان لان التزويج جعل جملة لا يقع العتق كما في عتق سعد وسعيد وبطلان المحاباة لا يبطل التزويج ولا يؤثر فيه وعلى الاحتمال الذي ذكرته يكون العتق سابقا لان المحاباة انما ثبت بتمام التزويج والعتق قبل تمامه فيكون سابقا على المحاباة فيقدم لهذا المعنى سيما إذا تأكد بقرته وكونه لغير وارث

(فصل) اذا اعتق المريض شقصا من عبد ثم اعتق شقصا من آخر ولم يخرج من الثلث الا العبد الاول عتق وحده لانه يعتق حين يلغى باعتاق شقصه وان خرج الاول وبعض الثاني عتق ذلك وان اعتق الشقصين دفعة واحدة فلم يخرج من الثلث الا الشقصان عتقا ورتي باق العبدان وان لم يخرج الا أحدهما فخرج بينهما وان خرج عتق الشقصان وباقي أحد العبدان ففيه وجهان (أحدهما) يكمل العتق من أحدهما بالقرعة بينهما كما لو اعتق العبدان فلم يخرج من الثلث الا أحدهما (والثاني) يقسم ما بقي من الثلث بينهما بغير قرعة لانه أوقم عتقا مشقفا فلم يكمله بخلاف ما اذا اعتق العبدان ولهذا إذا لم يخرج من الثلث الا الشقصان اعتقناهما ولم يقرع بينهما ولم يكمله من أحدهما، ولو أوصى باعتاق النصيبين وان يكمل عتقهما من ثلثه ولم يخرج من الثلث الا النصيبان وقية باقي أحدهما أقرعنا بينهما فن خرجت قرعته كل العتق فيه لان الموصي أوصى بتكامل العتق فخرى مجرى اعتاقهما بخلاف التي قبلها

(فصل) واذا ملك المريض من يعتق عليه بغير عوض كالميراث عتق وورث المريض اذا

عليها وهذا قال الشافعي وأبو ثور وسواء كان الموصي مسلماً أو ذمياً وقال أصحاب الرأي تصح وأجاز أبو حنيفة الوصية بأرضه تبني كنيسة وخالفه أصحابه وأجاز أصحاب الرأي أن يوصي بشراء خمر أو خنازير ويتصدق بها على أهل الذمة

ولنا أن هذه الأفعال محرمة وفعلها معصية فلم تصح الوصية بها كما لو وصى بمبده أو مته للفقير ولا نها لا تجوز في الحياة فلا تجوز في المات

(مسئلة) (وان وصى لكتب التوراة والانجيل لم تصح)

لانها كذب منسوخة وفيها تبديل والاشتغال بها غير جائز وقد غضب النبي ﷺ حين رأى مع عمر شيئا مكتوباً من التوراة وذكر القاضي أنه لو أوصى لحصر البيس وقنادياها وما شاكل ذلك ولم يقصد اعظامها بذلك صحت الوصية لان الوصية لاهل الذمة فان النفع يعود اليهم والوصية لم صحيحة والصحيح أن الوصية لا تصح بهذا لان ذلك انما هو اعانة لهم على معصيتهم وتعظيم لكتائبهم ونقل عن أحمد ما يدل على صحة الوصية من الذي بخدمة الكنيسة والاول أولى وأصح وان وصى ببناء بيت ليسكنه المجتازون من اهل الذمة واهل الحرب صح لان بناء مساكنهم ليس بمعصية

٤٩٩ قول أحد إنه اذا وقف في مرضه على ورثته صح ولم يكن وصية (المغني والشرح الكبير)

مات وهذا قال مالك وأكثر أصحاب الشافعي وقال بعضهم يعتق ولا يرث لأن عتقه وصية فلا يجتمع مع الميراث وهذا لا يصح لأنه لو كان وصية لاعتبر من الثلث كما لو اشتراه وجعل أهل العراق عتق المرحون وصية يعتبر خروجه من الثلث فان خرج من الثلث عتق وورث وان لم يخرج من الثلث يسعى في قيمة باقيه ولم يرث في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد بمقتضى بقيته من ميراثه فان فضل من قيمته شيء سعى فيه

ولنا ان الوصية هي التبرع ماله عطية أو اتلاف أو انتساب الي ذلك ولم يوجد واحد منهما لان العتق ليس من فعله ولا يقف على اختياره وقبول الهبة ليس بعطية ولا اتلاف لماله وإنما هو تحصيل شيء يتألف بتحصيله فأشبه قبوله شيء لا يمكن حفظه أو لا ينافي ببقائه في وقت لا يمكنه التصرف فيه وفارق الشراء فانه تضيق لماله في شيء وقال القاضي هذا الذي ذكرناه قياس قول أحمد لانه قال في مواضع اذا وقف في مرضه على ورثته صح ولم يكن وصية لان الوقف ليس بمال لانه لا يباع ولا يورث ، قال الخبزي هذا قول أحمد وابن الملقن وأهل البصرة ولم يذكر فيه عن أحمد خلافاً فأما ان اشترى من يعتق عليه فقال القاضي ان حمله الثلث عتق وورثه وهذا قول مالك وأبي حنيفة وازلم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث ويرث بقدر ماله من الحرية وباقيه على الرق فان كان الوارث ممن يعتق عليه اذا ملكه عتق عليه اذا ورثه وقال أبو يوسف ومحمد لا وصية لوارث وبمقتضى بقيته من ميراثه فان فضل من قيمته شيء سعى فيه ، وقال بعض أصحاب مالك يعتق من رأس المال ويرث كالموهر وبالمودود وهو قياس قوله لكونه لم يجعل الوقف وصية ، اجازة للوارث فهذا أولى لان العبد لا يملك رقبة فيجعل

(فصل) ولا تصح الرصية لسكانر تصحف ولا عبد مسلم لانه لا يجوز هبهما له ولا يعهما منه وان وصى له ببعد كافر فأسلم قبل موت الموصى بطلت الوصية وان أسلم بعد الموت وقبل القبول وقبلنا ان الملك انما ثبت حين القبول بطلت لانه لا يجوز ان يتبدى الملك على مسلم وان قلنا يثبت الملك بالموت قبل القبول فالوصية صحيحة لانا تبين انه أسلم بعد ان ملكه ويحتمل ان لا يصح أيضاً لانه يأتي بسبب لولاه لم يثبت الملك فمنه كابتداء الملك

(مسئلة) (ولا تصح للملك ولا لبيمة ولا لجن)

لانه تملك فلم يصح لهم كالهبة ولا تصح ميت لذلك وبه قال ابو حنيفة والشافعي وقال مالك ان علم انه ميت صحت الوصية وهي لورثته بعد قضاء ديونه وتنفيذ وصاياه لان الغرض نفعه بها فأشبه ما لو كان حياً .

ولنا انه اوصى لمن لا تصح الوصية له لو لم يعلم حاله فلا تصح اذا علم حاله كالبهيمة وفارق الحي فان الوصية تصح له في الحالين ولانه عقد يقتصر الى القبول فلم يصح للميت كالهبة

(مسئلة) (وان وصى لحي وميت يعلم موته فالكل لحي ويحتمل أن لا يكون له إلا النصف وإن لم يعلم فله نصف الوصى به

ذلك وصية له ولا يجوز أن يجعل الثمن وصية له لأنه لم يصل إليه ولا وصية للبائس لأنه قد عارض عنه وإنما هو كبناء مسجد وقنطرة في أنه ليس بوصية لمن ينفع به فلا يمنعه ذلك لميراث واختلاف أصحاب الشافعي في قياس قوله فقال بعضهم إذا حمله الثلث عتق وورث لأن عتقه ليس بوصية له على ما ذكرنا وقيل يعتق ولا يرث لأنه لو ورث لصارت وصية لو ارث فتبطل وصيته وبطل عتقه وإرثه فيفضي توريثه إلى إبطال توريثه فكان إبطال توريثه أولى وقيل على مذهبه شراؤه باطل لأن ثمنه وصية والوصية تقف على خروجها من الثلث أو أجازة الورثة والبيع عنده لا يجوز أن يكون موقوفاً، ومن مسائل ذلك مريض وهب له ابنه فقبله وقيمته مائة وخلف مائتي درهم وابنا آخر فإنه يعتق وله مائة ولا أخيه مائة وهذا قول مالك وأبي حنيفة والشافعي وقيل على قول الشافعي لا يرث والمائتان كلها لابن الحر وقال أبو يوسف ومحمد يرث نصف نفسه ونصف المائتين ويحتسب بقيمة نصف الباقي من ميراثه وإن كان قيمته مائتين وبقيمة التركة مائة عتق من رأس المال والمائة يدينه وبين أخيه وبهذا قول مالك والشافعي وقال أبو حنيفة يعتق منه نصفه لأنه قدر ثلث التركة ويسعى في قيمة باقية ولا يرث لأن المستسمى عنده كالعبد لا يرث إلا في أربعة مواضع (الرجل) يعتق أمته على أن تتزوجه (والمرأة) تعتق عبداً على أن يتزوجه فيأبى ذلك (والعبد المهرهون يعتقه سيده) والمشتري للعبد يعتقه قبل قبضه وهما معسران ففي هذه المواضع يبيح كل واحد في قيمته وهو حر يرث، وقال أبو يوسف ومحمد يرث نصف التركة وذلك ثلاثة أرباع رقبته ويبيح في ربع قيمته لأخيه وإن وهب له ثلاث أخوات متفرقات لا مال له سواهن ولا وارث عتقن من رأس المال وهذا قول مالك، وإن كان اشتراهن فكذلك فيما ذكره الخبر عن أحمد وهو قول ابن الماجشون وأهل البصرة

إذا وصى بثلاثة أو بمائة لحي وميت فللحي نصف الوصية سواء علم موته أو لم يعلم، وهذا قول أبي حنيفة واسحق والبصريين وقال الثوري وأبو يوسف ومحمد إذا قال هذه المائة لفلان وفلان الميت فهي للحي منها، وإن قال بين فلان وفلان فوافقنا الثوري على أن نصفها للحي وعن الشافعي كالمذهبين وقال أبو الخطاب عندي إذا علمه ميتاً فالكل للحي وإن لم يعلمه ميتاً فللحي النصف وقد نقل عن أحمد ما يدل على هذا القول فإنه قال في رواية ابن القاسم إذا وصى لفلان وفلان مائة فبان أحدهما ميتاً فللحي خمسون، فقل له مالك؟ فقل هذا متى شرك بين من تصح الوصية له وبين من لا تصح مثل أن يوصي لفلان وللملك أو للحائط أو لفلان وللميت فالموصى به كله لمن تصح الوصية له إذا كان عالماً بالحال لأنه إذا اشرك بينهما في هذه الحال علم أنه قصد بالوصية كلها من تصح الوصية له إن لم يعلم بالحال فلمن تصح الوصية له نصفها لأنه قصد إيصال نصفها إليه وإلى الآخر النصف ظناً به إن الوصية له صحيحة فإذا بطلت الوصية في حق أحدهما صححت في حق الآخر بقسطه كتنفرق

وبعض أصحاب مالك . وعلى قول القاضي يعتق ثلثين في أحد الوجهين وهو قول مالك ، وفي الآخر يعتق كلهن لكن وصية من لا وارث له جائزه في جميع ماله في أصح الروايتين ، وإن ترك مالا يخرج من ثلثه عتق ورثن ، وقال أبو حنيفة إذا اشتراه أو وهب له ولا مال له سواه ولا وارث عتق وتسمى كل واحد من الاخت الأزب والاخت للام في نصف قيمتها للاخت من الأب والام وإنما لم يرثا لأنها لو ورثا لكان لهما خمس الرقاب وذلك رقة وخمس بينهما نصفين فكان يبقى عليهما سعة وإذا بقيت عليهما سعة لم يرثا وكانت لهما الوصية وهي رقة بينهما نصفين ، وأما الاخت للأبوين فإذا ورثت عتقت لأن لها ثلاثة أخماس الرقاب وذلك أكثر من قيمتها فورثت وبطلت وصيتها ، وقال أبو يوسف ومحمد تبعض وتسعى كل واحدة من الاخت للأب والاخت من الأم للاخت من الأبوين في خمس قيمتها لأن كل واحدة ترث ثلاثة أخماس رقة وعلى قول الشافعي يعتق

(فصل) وإن اشترى المريض أباه بألف لا مال له سواء ثم مات وخلف ابناً فعلى القول الذي حكاه الخبر يعتق كله على المريض وله ولاؤه ، وعلى قول القاضي يعتق ثلثه بالوصية ويعتق باقيه على الابن لأنه جده ويكون ذلك ولأبيه للشترى وثلاثه لابنه وهذا قول مالك وقيل هو مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة يعتق ثلثه بالوصية ويسمى لابن في قيمة ثلثه

وقال أبو يوسف ومحمد يعتق سدسه لأنه ورث ويسمى في خمسة أسداس قيمته الابن ولا وصية له وقيل على قول الشافعي يفسخ البيع إلا أن يحجز الابن عتقه ، وقيل يفسخ في ثلثيه ويعتق في ثلثه وللبائع الخيار لفرق الصفة عليه وقيل لا خيار له لأنه مناف فان ترك لأبوين سواء عتق كله وورث سدس الأبوين والباقي لابن ، وهذا قال مالك وأبو حنيفة وقيل نحوه على قول الشافعي وقيل على قول يعتق ولا يرث ، وقيل شراؤه مفسوخ

وقال أبو يوسف ومحمد يرث الأب سدس التركة وهو خمسائة ينحسب بها من رقة ويسمى في نصف قيمته ولا وصية له ، وإن اشترى ابناً بألف لا يملك غيره ومات وخلف أباه عتق كله بالشر

الصفة ووجه القول الأول أنه جمل الوصية لأبوين فلم يستحق أحدهما جميعها كما لو كانا من نصيب الوصية لهما فئات أحدهما أو كما لو لم يعلم الحال ، فاما إن وصى لأبوين فئات أحدهما فلا خير نصف الوصية لا نعم في هذا خلافاً ومثله أو بطلت الوصية في حق أحدهما لرددها أو لخروجه عن أن يكون من أهلها وأو قال أوصيت لكل واحد من فلان وفلان بنصف الثلث أو بنصف المائة أو بخمسين لم يستحق أحدهما أكثر من نصف الوصية سواء كان شريكه حياً أو ميتاً لأنه عين وصيته في النصف فلم يكن له حق فيما سواه .

(مسألة) (فان وصى لوارثه وأجنبي بثلثه فأجاز سائر الورثة وصية الوارث فالثلث بينهما نصفين وإن وصى لكل واحد منهما بمعين قيمتهما الثلث فأجاز سائر الورثة وصية الوارث جازت الوصيتا

في الوجه الاول ، وفي الثاني يعتق ثلثه بالوصية وإثاله على جده عند الموت وولأؤه بينهما أثلاثاً ، وهذا قال مالك وقول الشافعي فيه على ما ذكرنا في مسألة الاب . وقال أبو حنيفة : يعتق ثلثه بالوصية ويسعى في قيمة ثلثه للاب ولا يرث

وقال أبو يوسف ومحمد يرث خصة أسداسه ويسعى في قيمة سدسه ، وإن ترك ألفين سواء عتق كله وورث خمسة أسداس الألفين وللأب السدس ، وهذا قال مالك وأبو حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : للاب سدس التركة خمسمائة وإثباتها للابن يعتق منها وبأخذ ألفا وخمسمائة ، وإن خلف مالا يخرج المبيع من ثلثه فعلى الوجه الأول يعتق كله ويرث منه كأنه حر الأصل ، وعلى الوجه الثاني يعتق منه بقدر ثلث التركة ويرث بقدر ما فيه من الحرية فإن لم يخلف المشتري أباً حراً ولكن خلف أخاً حراً ولم يترك مالا عتق من رأس المال على الوجه الاول ويعتق ثلثه على الثاني ويرث الاخ ثلثه ثم يعتق عليه . وقال أبو حنيفة يعتق ثلثه ويسعى لعمه في قيمة ثلثه . وقال أبو يوسف ومحمد يعتق كله ولا سعاية وإن خلف ألفين سواء عتق وورث الألفين ولا شيء . للاخ في الأقوال كلها إلا ما قبل على قول الشافعي أنه يعتق ولا يرث وقيل شراؤه باطل فإن اشترى ابنه بألف لا يملك غيره وقيمة ثلثه ألف وخلف ابناً آخر فعلى الوجه الاول يعتق من رأس المال ويستقر ملك البائع على قدر قيمته من الثمن وله ثلث الباقي لأن المشتري حايه به ولم يبق من التركة سواء فيكون له ثلثه وهو ثلث ألف ويرد التسعين فتكون بين الابنين وعلى الوجه الثاني يعتق ثلثه ويرث أخوه ثلثه فيعتق عليه وللبائع ثلث الهابة ويرد ثلثها فيكون ميراثاً

لها وإن ردوا بطلت وصية الوارث في المسئلتين وللأجنبي السدس في الاولى والمعين الموصى له به في الثانية وهذا قول مالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وغيرهم
(مسألة) (وان وصى لها بثلثي ماله وأجاز الورثة لها جازت وإن عينوا نصيب الوارث بالرد وحده فللأجنبي الثلث كاملاً)

لأنهم خصوا الوارث بالابطال فالثلث كله للأجنبي وسقطت وصية الوارث فصار كأنه لم يوص له وإن أبطلوا الزائد عن الثلث من غير تعيين نصيب أحدهما فالثلث الباقي بين الوصيين لكل واحد منهما السدس وهذا الذي ذكره القاضي هو قول مالك والشافعي لأن الوارث يزاحم الأجنبي إذا أجاز الورثة الوصيتين فيكون لكل واحد منهما الثلث فإذا أبطلوا نصفهما بالرد كان البطلان راجعاً إليهما وما بقي منهما بينهما كما لو تلف ذلك بغير الرد ، واختار أبو الخطاب أن الثلث جميعه للأجنبي وحكي نحوه عن أبي حنيفة لأنهم لا يقدرון على إبطال الثلث فما دون إذا كان لأجنبي ولو جعلنا الوصية بينهما لملكوا بطلان ما زاد على السدس فإن صرح الورثة بذلك فقالوا أجزنا الثلث لهما ورددنا ما زاد عليه من وصيتهما أو قالوا رددنا من وصية كل واحد منهما نصفها وبقينا له نصفها كان ذلك أكد

وقال أبو حنيفة ذلك للبائع ويسمى المشتري في قيمته ل أخيه وقال أبو يوسف ومحمد يبي في نصف رقبته ويرث نصفها ، وقال الشافعي المحاباة مقدمة لتقديمها ويرث الابن الحر أخاه فيملكه وقيل يفسخ البيع في ثلثيه ويعتق الثلث ، ولا تقدم المحاباة لان في تقديمها تقرب ملك الاب على ولده ، وقيل يفسخ البيع في جميعه فان كانت قيمته ثلث الالف فلى الوجه الاول يعتق من رأس المال وتنفذ المحاباة في ثلث الباقي وهو تسعا ألف ويرد البائع أربعة أنساع ألف فتكون بين الابن وعلى الوجه الآخر يحتمل وجهين (أحدهما) تقديم العتق على المحاباة فيعتق جميعه ويرد البائع ثلثي الالف فيكون بينهما (والثاني) أن يعتق الثلث ويكون للبائع تسعا ألف ويرد أربعة أنساعا كما قلنا في الوجه الاول ، وقال أبو حنيفة للبائع بالمحاباة الثلث ويرد الثلث وبني الابن في قيمته ل أخيه وفي قول أبي يوسف ومحمد يردهم البائع ثلث الالف فيكون للابن الحر ويعتق الآخر بنصيبه من الميراث وقيل على قول الشافعي يردهم البائع ثلث الالف فيكون ذلك مع الابن المشتري لحر وقيل غير ذلك ، وإن اشترى بألف لا يملك غيره وقيمته ثلاثة آلاف فنأعتقه من رأس المال جعله حراً ومن جعل ذلك وصية له أعتق ذلك بالشراء ويعتق باقية على أخيه الا في قول الشافعي ومن واقعه فان الحر يملك بقية أخذه فيملك من رقبته قدر ثلثي الثمن

في جمل السدس لكل واحد منها لتصريحهم به وان قالوا أجزنا وصية الوارث كلها ورددنا وصية الاجنبي فهو على ما قالوا لان لهم أن يجزوا لها وان يردوا عليها فكان لهم أن يجزوا واحدها ويردوا على الآخر ، وان أجازوا للاجنبي جميع وصيته وردوا على الوارث نصف وديته جاز كما قلنا وان أرادوا أن ينقصوا الاجنبي عن نصف وصيته لم يملكوا ذلك سواء أجازوا للوارث أو ردوا عليه فان ردوا جميع وصية الوارث ونصف وصية الاجنبي فعلى قول القاضي لهم ذلك لان لهم أن يجزوا الثلث لها فيشتركان فيه ويكون لكل واحد منهما نصفه ثم اذا رجعوا فيما للوارث لم يزد الاجنبي على ما كان له في حالة الاجازة للوارث وعلى قول أبي الخطاب يتوفر الثلث كله للاجنبي لانه إنما ينقص منه بمزاحة الوارث فاذا زالت المزاحة وجب توفير الثلث عليه لانه قد أوصى له به

﴿مسئلة﴾ (ولو وصى بماله لابنيه وأجنبي فردوا وصية الوارث فهو على ما قال وان أجازوا

للوارث فالثلث بينهما)

لان الوصية تتعلق بالشرط ولو قال أوصيت لفلان بثلثي فان مات قبلي فهو لفلان صح فان وصى لوارثه فأجاز بعض باقي الوصية دون البعض نفذ في نصيب من أجاز وحده وان أجازوا بعض الوصية دون بعض نفذت فيما أجازوا دون ما لم يجزوا وان أجاز بعضهم بعض الوصية وأجاز بعضهم جميعها أو ردوها فهو على ما فعلوا من ذلك فلو خلف ثلاثة بنين وعبد لا يملك غيره فوصى به لاحد أو وهبه إياه في مرض موته فأجاز له أخواه فهو له وان أجاز أحدهما وحده فله ثلثاه وان أجاز له نصف العبد فله نصفه ولها نصفه وان أجاز أحدهما له نصف نصيبه ورد الآخر فله النصف الثلث بنصيبه والسدس من نصيب المحرز ، وإن أجاز كل واحد منهما له نصف نصيبه كمل له الثلثان وان أجاز له

وذلك نسما رقة لانه يجعل ثمنه من اثاث دون قيمته وقيل يفسخ البيع في أثيه وقيل في جميعه، وقال أبو حنيفة يـحـى لآخيه في قيمة أثليه

وقال أبو يوسف ومحمد يسعى له في نصف قيمته فان ترك ألفين سواء عتق كله لان التركة هي الثمن مع الألفين والثمن يخرج من اثاث فيعتق ويرث نصف الألفين وهو قول الشافعي وقيل يعتق ولا يرث وعند أبي حنيفة وأصحابه التركة قيمته مع الألفين وذلك خمسة آلاف فعلى قول أبي حنيفة يعتق منا قدر ثلث ذلك وهو ألف وثلث ألف ويسعى لآخيه في الألف وثلث ألف وفي قول صاحبيه يعتق منه نصف ذلك وهو خمسة أسداسه ويسعى لآخيه في خمسمائة والألفان لآخيه في قولهم جميعا، ولو اشترى المريض ابني عم له بألف لا يملك غيره وقيمة كل واحد منهما ألف فأعتق أحدهما ثم وهبه أخاه ثم مات وخلفهما وخلف مولاة فان قياس قول القاضى ان شاء الله أن يعتق ثلثا المعتق إلا أن يجيز المولى عتق جميعه ثم يرث بثليته ثلثي بقية التركة فيعتق منه ثمانية أسداسه ويبقى تسعة وثلث أخيه للمولى ويحتمل أن يعتق كله ويرث أخاه فيعتقان جميعا لانه يسير بالاعتاق وارتقا لثلي التركة فتنفذ اجازته في اعتاق باقيه فتكفل له الحرية ثم بكل الميراث له وفي قياس قول أبي الخطاب يعتق ثلثاه ولا يرث لانه لو ورث

أحدهما نصف نصيبه والآخر ثلثه أو باع نصيبه كل له ثلاثة أرباع العبد وان وصى بالعبد لثنتين منهما فالثالث أن يجيز لمأ أو يردها أو يجيز لمأ بعض وصيتهما ان شاء متساويا وان شاء متفاضلا أو يردها على أحدهما أو يجيز للآخر وصيته كلها أو بعضها أو يجيز لأحدهما جميع وصيته والآخر بعضها فكل ذلك جائز لان الحق له فكيفما شاء فعلى فيه

(مسئلة) (وان وصى لزيد والفقراء والمساكين بثلثه فزيد التسم)

وبهذا قال أبو حنيفة ومحمد، وعن محمد بن زيد الحسن والفقراء والحسان والمساكين الحسان لان أقل الجمع اثنان ولاصحاب الشافعي وجهان (أحدهما) كقولنا (والثاني) له السبع لان أقل الجمع ثلاثة فاذا انضم اليهم صاروا سبعة

ولنا أنه وصى لثلاث جهات فوجب أن يقسم بينهم بالسوية كما لو وصى لزيد وعمرو وخالد وان كان زيد مسكينا لم يدفع اليه من سهم المساكين شيء وبه قال الحسن واستحقاق لان عطفهم عليه يدل على المقارنة بينهم اذ الظاهر بين المعطوف والمعطوف عليه المقارنة ولان تجوز ذلك يفضي الى تجوز دفع نصيب المساكين كله اليه ولفظه يقتضي خلاف ذلك فأما ان كانت الوصية لقوم يمكن استيعابهم وحصرهم مثل أن يقول هذا لزيد وأخوته فهي كالتي قبلها ويحتمل أن يكون كأحد من شركائه وبينهم على وجه لا يجوز الاخلال ببعضهم فتساوا فيه كما لو قال هذا لكم

لكن اعتاقه وصية له فيبطل اعتاقه ثم يبطل أدته فيؤدي توريثه الى ابطال توريثه وهذا قول الشافعي ويبقى ثلثه وابن العم الآخر للولي وقال ابو حنيفة يمتنع ثلثا الممتنع ويسعى في قيمة ثلثه ولا يرث وقال ابو يوسف ومحمد يعتق كله ويعتق عليه اخوه بالهبة ويكونان احق بالميراث من المولى فان كان للميت مال سواهما اخذا ذلك المال بالميراث ويغرم بالمعتق لاخيه الموهوب نصف قيمته ونصف قيمة اخيه لان عتق الاول وصية له ولا وصية لو ارث وقد صار وارث مع اخيه فورث نصف قيمة نفسه ونصف قيمة اخيه وورث اخوه الباقي وكان اخوه الموهوب له هبة من المريض فعتق بقرابته منه ولم يعتق من المريض فلم يكن عتقه وصية بل استهلكها بالمعتق الذي جرى فيها فيغرم الاول نصف قيمته ونصف قيمة اخيه لاخيه واما قول ابو حنيفة فان كان الميت لم يدع وارثا غيرهما عتقا وغرم الاول لاخيه نصف قيمته اخيه ولم يغرم له نصف قيمته نفسه لانه اذا لم يدع وارثا جازت وصيته لانهما لا يرثان ولا يعتقان حتى تجوز وصية الاول لانه متى بقيت عليه سعاية لم يرث واحدهما لم يعتق فلا بد من أن ينفذ للمعتق وصية بصير حراً فيعتق اخوه بعتقه وقد جازت له الوصية في جميع رقبته لان الميت اذا لم يدع وارثا جازت وصيته بجميع ماله وبرثان جميعا ويرجع الثاني على الاول بنصف قيمته لانه يقول قد صرت انا وانت وارثين فلا تأخذ من الميراث شيئاً دوني وقد كانت رقبتي لك وصية وعتقت من قبلك فاضمن لي نصف رقبتي فان كان معسر او هناك مال غيرهما اخذ اثنائي نصفه ثم أخذ من النصف الثاني نصف قيمة نفسه وكان ما بقي ميراثاً لاخيه الاول

باب الموصى به

تصح الوصية بما لا يقدر على تسليمه كالأبق والشارد والطير في الهواء والحمل في البطن واللبن في الضرع لان الوصية اذا صحت بالمعدوم فيغيره أولى ولانها أجريت مجرى الميراث وهذا يورث فيوصى به فان قدر عليه أخذه وسلمه اذا خرج من الثلث وللوصي السعي في تحصيله فان قدر عليه أخذه اذا خرج من الثلث .

(فصل) وتصح بالحمل اذا كان مملوكاً بان يكون رقيقاً أو حمل بهيمة مملوكة لان الفرر والخطر لا يمنعه صحة الوصية فجرى مجرى اعتاق الحمل فان انفصل ميتاً بطلت الوصية وان خرج حياً وعلمنا وجوده حال الوصية أو حكمنا بوجوده صحت الوصية وان لم يكن كذلك لم يصح لجواز حدوته

(مسئلة) (وتصح بالمعدوم)

فلو قال أو صيت لك ما تحمل جاريتي هذه أو نأقتي هذا أو نخلتي هذه صح لما ذكرنا من صحتها مع الفرر سواء وصى بما تحمله أبداً أو مدة بينها لان المعدوم يجوز أن يملك بالسلم والمساقاة فجاز أن يملك بالوصية فان حصل منه شيء والا بطلت وصيته لان الموصى به عدم فبطلت الوصية به كاللوهوب اذا عدم لان الوصية كالهبة وان وصى له بمائة لا يملكها صح فان قدر عليها عند الموت أو على شيء منها والابطلت لما ذكرنا في المسئلة قبلها

(مسئلة) (وتصح بما فيه نفع مباح من غير المال كاليلكب والزيت النجس)

(فصل) وإذا كان المريض ثلاث آلاف ف تبرع بألف ثم اشترى أباه بما بقي وله ابن فعلى قول من قال ليس الشراء بوصية يعتق الاب وينفذ من التبرع قدر ثلث المال حال الموت وما بقي فلاب سده وباقيه للابن ، على قول القاضي ومن جعله وصية لا يعتق اب لان تبرع المريض انما ينفذ في الثلث ويقدم الاول فالاول وإذا قدم التبرع لم يبق من الثلث شيء ويرثه الابن فيعتق عليه ولا يرث لانه انما عتق بعد الموت ، وان وهب له أبوه يعتق وورث لان الهبة ليست بوصية وكذلك ان ورثه وان اشترى أباه ثم أعتقه لم يعتق على قول القاضي لانه اذا لم يعتق بالملك وهو أقوى من الاعناق باتقول بدليل نفوذه في حق العبي والمجنون فأولى أن لا ينفذ باتقول

(فصل) وإن ملك المريض من يرثه من لا يعتق عليه كان عه فاعتقه في مرضه كان اعتاقه وصية معتبرة من الثلث بدليل أن النبي ﷺ أقرع بين العبيد الذين أعتقهم مالكم عند موته ولم يكن له مال سواهم فاعتبر عتقهم من الثلث ، فعلى هذا يعتبر خروج المعتق من الثلث فان خرج من الثلث عتق ولم يرث ذكره أبو الخطاب في مريض ملك ابن عمه في مرضه فأقر بأنه كان أعتقه في صحته عتق ولم يرث لأنه لو ورث لكان إقراره لو ارث فلا يقبل فيؤدي ترثه إلى ابطال عتقه ثم يبطل ميراثه

تصح الوصية بالكلب المباح اقتناؤه ككلب الصيد والماشية والحرب لان فيه نفعاً مباحاً وتقر اليد عليه والوصية تبرع فصحت في المال وفي غير المال كالهبة ، وإن كان مما لا يباح اقتناؤه لم تصح الوصية به سواء قال كلاباً أو من مالي لانه لا يصح شراء الكلب لانه لا قيمة له بخلاف ما اذا أوصى له بشاة ولا شاة له فانه يمكن تحصيلها بالثراء فان كان له كلب ولا مال له سواء فله ثلثه وإن كان له مال سواء فقد قيل للموصى له جميع الكلب وإن قل المال لان قليل المال خير من الكلب لكونه لا قيمة له وقيل للموصى له به ثلثه وإن كثر المال لان موضوع الوصية على أن يسلم ثلثا الزكاة للورثة وليس في التركة شيء من جنس الموصى به

(فصل) وان وصى لرجل بكلابه ولا آخر بثلث ماله فلموصى له بالثلث الثلث والموصى له بالكلاب ثلثها وجهاً واحداً لان ما حصل الورثة من ثلثي المال قد جازت الوصية فيما يقابلها من حق الموصى له وهو الثلث فلا يحسب عليهم في حق الكلاب ولو وصى بثلث ماله ولم يوس بالكلاب دفع اليه ثلث المال ولم يحسب بالكلاب على الورثة لانها ليست بمال وإذا قسمت الكلاب بين الوارث والموصى له أو بين اثنين موصى لهما بما قسمت على عددها لانها لا قيمة لها فان تشاحوا في بعضها فينبغي ان يقرع بينهم وان وصى له بكلاب وله كلاب يباح اتخاذها ككلاب الصيد والماشية والحرب فله واحد منها بالقرعة او ما احب الورثة على الرواية الاخرى وان كان له كلاب يباح اتخاذها وكتب هراس فله الكلب المباح ومذهب الشافعي في هذا الفصل على ما ذكرنا إلا انه يحمل للموصى له بكلب ما احب الورثة دفعه اليه ولا تصح الوصية بالجر والصنبر في احد الوجهين وتصح في الآخر بناء على جواز اقتنائه وترتيبه للصيد وقد سبق ذلك في كتاب البيع

فكان اعتاقه من غير توريث أولي ومقتضى قول القاضي أنه يعتق ويرث لأنه حر حين موت موروثه ليس بقائل ولا مخالف لمذهبه ويرث كما لو ورثه وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث ولا يرث على القول الأول وعلى قول القاضي ينبغي أن يرث بقدر ما فيه من الحرية على ما يذكر في المعتق بعضه

(فصل) وما لزم المريض في مرضه من حق لا يمكنه دفعه واسقاطه كإرش الجناية وجناية عبده وما عارض عليه بشن المثل ، وما يتغابن الناس بمثله فهو من رأس المال لأنه لم فيه خلافا وهذا عند الشافعي وأصحاب الرأي وكذلك النكاح بهر المثل جائز من رأس المال لأنه صرف للماله في حاجة نفسه فيقدم بذلك على وارثه ، وكذلك لو اشترى جارية يستمتع بها كثررة الثمن بشن مثلها أو اشترى من الاطعمة التي لا يأكل مثله منها جاز وصح شراؤه لأنه صرف للماله في حاجته وإن كان عليه دين أو مات وعليه دين قدم بذلك على وارثه لقرل الله تعالى (من بعد وصية يوصى بها أو دين)

(فصل) فاما ان قضى المريض بعض غرمائه ووفت تركته بسائر الديون صح قضاؤه ولم يكن لسائر الغرماء الاعتراض عليه ، وإن لم يف بها ففيه وجهان (أحدهما) أن لسائر الغرماء الرجوع عليه ومشاركته فيما أخذه وهو قول أبي حنيفة لأن حقوقهم تعلقت بماله بمرضه فمنعت تصرفه فيه بما ينقص ديونهم كتبرعه ولأنه لو وصى بقضاء بعض ديونه لم يجز فكذلك إذا قضاها (والثاني) أنهم لا يمكن الاعتراض عليه ولا مشاركته وهو قياس قول أحمد ومنصوص الشافعي لأنه أدي وإجبا عليه فصح كذا اشترى شيئا فأدى ثمنه أو باع بعض ماله وشره ويفارق الوصية فإنه لو اشترى ثيابا ثممنه صح

(فصل) فاما الزيت النجس فإن قلنا يجوز الاستصباح به فهو كالكلب الذي يباح اتخاذه وإن قلنا

لا يجوز لم تصح الوصية لأنه ليس فيه نفع مباح أشبه الخنزير

(فصل) ولا تصح الوصية بالخنزير ولا بشيء من السباع التي لا تصلح للصيد كالأسد والذئب لأنها

لا منفعة فيها ولا تصح بشيء ليس فيه منفعة مباحة من غيرها كالخمر والميتة ونحوهما لأن الوصية بملك فلا تصح بذلك كالهبة ولأن ذلك محرم فلا تصح الوصية به كالخنزير

(مسئلة) (وتصح الوصية بالمجهول كبد وشاة لأن الوصية تصح بالمعدوم فالمجهول بطريق الأولى

ولأن المجهول ينتقل إلى الوارث فصحت الوصية به كالمعلوم ويعطيه الورثة ما شاءوا مما يقع عليه الاسم لأنه اليقين كما لو أقر له بعبد فإن لم يكن له عبيد اشترى له ما سمي عبداً وإن كان له عبيد أعطاه الورثة ما شاءوا لما ذكرنا وقال القاضي يعطيه الورثة ما شاءوا من ذكر أو أنثى قال شيخنا والصحيح هتدي أنه لا يستحق إلا ذكراً فإن الله تعالى فرق بين البعيد والاماء بقوله سبحانه (وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم) والمعطوف بغاير المعطوف عليه ظاهراً ولأنه في العرف كذلك فإنه لا يفهم من إطلاق اسم العبد إلا الذكر فإنه لو وكله في شراء عبد لم يكن له شراء أمة وإن وصى له بأمة لم يكن له أن يعطيه إلا أنثى وليس له أن يعطيه ختنى مشكلاً لأنه لا يعلم كونه

ولو وصى بتكفينه في ثياب مشتمة لم يصبح بحقوق هذا إن إفاء ثمن المبيع قضاء لبعض غرمائه وقد صرح عقيب البيع فكذلك إذا تراخى إذا لا أثر لتراخيه

(فصل) وإذا تبرع المريض أو أعتق ثم أقر بدين لم يبطل تبرعه نص عليه أحد فيمن أعتق عبده في مرضه ثم أقر بدين عتق العبد ولم يرد إلى الرق وهذا لأن الحق يثبت بالتبرع في الظاهر فلم يقبل إقراره فيما يبطل به حق غيره

(فصل) ويعتبر في المريض الذي هذه أحكامه شرطان (أحدهما) أن يتصل بمرضه الموت ولو صح في مرضه الذي أعطى فيه ثم مات بعد ذلك فحكم عطيته حكم عطية الصحيح لأنه ليس بمرض الموت (الثاني) أن يكون مخوفاً بالأمراض على أربعة أقسام (غير مخوف) مثل وجع العين والضرر والصداع البسيط وحتى ساعة فهذا حكم صاحبه حكم الصحيح لأنه لا يخاف منه في العادة

[الضرب الثاني] الأمراض الممتدة كالجذام وحى الربيع والغالج في أذهانه والبل في ابتدائه والحى الغب، فهذا الضرب أن أضنى صاحبها على فراشه فهي مخوفة وإن لم يكن صاحب فراش بل كان يذهب ويجي، فعطايها من جيم المال. قال النافسي: هذا لتحقيق المذهب فيه، وقد روى حرب عن أحمد في وصية المجنوم والمنلوج من الثلث وهو محمول على أنها صار صاحب فراش وبه يقول الأوزاعي والثوري

ذكر آ ولا أنى وإن وصى له بواحد من رقيقه أو برأس مما ملكت يمينه دخل في وصيته الذكر والانثى والحشى

(مسئلة) (فان اختلف الاسم بالحقيقة والعرف كالشاة في العرف اسم للانثى والبعير والثور اسم للذكر غلب العرف)

في اختيار شيخنا لأن الظاهر أن المتكلم إنما يتكلم بعرفه ولا يريد إلا ما يفهمه أهل بلده وقال أصحابنا تناب الحقيقة ولهذا يحمل عليه كلام الله تعالى وكلام رسوله. فعلى هذا إذا أوصى له بشاة يتناول الضأن والمعز قال أصحابنا ويتناول الصغيرة والكبيرة والانثى لأن اسم الشاة يتناول جميع ذلك بدليل قول النبي ﷺ « في أربعين شاة شاة » يريد الذكور والاناث والصغار والكبار وقال شيخنا لا يتناول إلا أنثى كبيرة إلا أن يكون في عرفهم في بلد يتناول ذلك، فاما من لا يتناول عرفهم إلا الاناث فان وصيته لا تتناول إلا ما يسمى في عرفهم لما ذكرناه والكبش الذكر الكبير من الضأن والتيس لا يقع إلا على الذكر الكبير من المعز فان وصى بمشرة من النعم تناول عشرة من الذكور والاناث والصغار والكبار

(فصل) وان وصى بمجمل فهو الذكر وان وصى بناقته فهي الانثى وان قال عشرة من إبل وقع على الذكر والانثى جميعاً ويحتمل أنه إن قال عشرة بالهاء فهي للذكور وان قال شرفه للاناث وكذلك الغنم لأن العدد في المشرة من الثلاثة إلى البشرة للذكور بالها والمؤنث بشيرها قال الله تعالى (سخرها) (الفتي والشرح الكبير) (٦٤) (الجزء السادس)

ومالك وأبو حنيفة وأصحابه وأبو نؤر ، وذكر أبو بكر وجهاً في صاحب الامراض الممتدة ان عطيته من صلب المال وهو مذهب الشافعي لانه لا يخاف تعجيل الموت فيه وان كان لا يبرأ فهو كالمهرم ولنا انه مريض صاحب فراش يخشى اللف فأشبهه صاحب الحى الدائمة ، وأما الهرم فان صار صاحب فراش فهو كسثلتنا

[الضرب الثالث] من تحقق تعجيل موته فينظر فيه فان كان عقله قد اختل مثل من ذبح أو أيدت حشوته فهذا لاحكم لكلامه ولا لعطيه لانه لا يبقى له عقل ثابت وان كان ثابت العقل كن خرقه حشوته أو اشتد مرضه ولم يتغير عقله صح نصرته وتبرعه وكان تبرعه من الثلث فان عمر رضي الله عنه خرقه حشوته قبلت وصيته ولم يختلف في ذلك ، وعلي رضي الله عنه بعد ضرب ابن ملجم أوصى وأمر ونهى فلم يحكم بطلاق قوله

(الضرب الرابع) مرض مخوف لا يتعجل موت صاحبه يقينا لكنه يخاف ذلك كالبرسام وهو بخار يرقى إلى الرأس ويؤثر في الدماغ فيختل العقل والحى العصاب والراف الدائم لانه يصـ في الدم فيذهب القوة ، وذات الجنب وهو قرح يبطن الجنب ، ووجع القلب والزنة فانها لا تسكن حركتها فلا يتدمل جرحها ، والاقولنج وهو أن يتعقد الطعام في بعض الامعاء ولا ينزل عنه ، فهذه كلها مخوفة سواء كان معها حى أو لم يكن وهي مع الحى أشد خوفاً ، فان ثاوره الدم واجتمع في عضو كان مخوفاً لانه من

عليهم سبع ليال وثمانية أيام) وان وصى بغير فقيه وجهان (أحدهما) هو الذكر وحده لانه في العرف اسم له (والثاني) هو الذكر والانثى لانه يتناولهما جميعاً في لسان العرب فيقول حبلت البعير يريد الناقة ، والجل في لسانهم كالرجل من بني آدم والناقة كالرأة والبكرة كالفتاة وكذلك القلوص والبعير كالانسان وان وصى له بثور فهو ذكر وان وصى ببقرة فهي أنثى

(مسئلة) (والدابة اسم للذكر والانثى من الخيل والبغال والحمير)

لان الاسم في العرف يقع على جميع ذلك فان قرن به ما يصرفه إلى أحدها كقوله دابة يقاتل عليها انصرف الى الخيل وان قال دابة ينتفع بظهرها ولسلها خرج منه البغال وخرج منه الذكر وان وصى له بحمار فهو ذكر والانثى وان وصى بحصان فهو ذكر والفرس يتناول الذكر والانثى

(مسئلة) (وان وصى له بغير معين كبعد من عبيده صح ويعطيه الورثة ما شاءوا)

الوصية بغير معين كبعد من عبيده وشاة من غنمه صحيحة وقد ذكرنا صحة الوصية بالمجهول فيما مضى وبه يقول مالك والشافعي واسحاق ، واختلفت الرواية فيما يستحقه الموصى له فروي أنه يستحق أحدهم بالقرعة اختارها الخرفي ونقل ابن منصور أنه يعطى أحدهم يعني يعطيه الورثة ما أحبوا وهو قول الشافعي وقال مالك قولاً يقتضي أنه إذا وصى ببعد وله ثلاثة أعبد فله ثلثهم وان كانوا أربعة فله ربعهم فانه قال اذا وصى بشتر من ابله وهي مائة يعطى عشرها والنخل والرقيق والدواب على ذلك ، والصحيح ان

الحرارة المفرطة ، وإن هاجت به الصفراء فهي مخوفة لأنها تورث يومة وكذلك البلغم إذا هاج لأنه من شدة البرودة وقد تغلب على الحرارة الغريزية فتطفئها ، والطاعون مخوف لأنه من شدة الحرارة إلا أنه يكون في جميع البدن ، وأما الاسهال فإن كان منخرقا لا يمكنه منعه ولا إمساكه فهو مخوف وإن كان ساعة لأن من لحقه ذلك أسرع في هلاكه ، وإن لم يكن منخرقا لكنه يكون تارة وينقطع أخرى فإن كان يوما أو يومين فليس بمخوف لأن ذلك قد يكون من فضلة الطعام إلا أن يكون معه زحير وتقلع كأن يخرج منقطعا فإنه يكون مخوفا لأن ذلك يذهب ، وإن دام الاسهال فهو مخوف سواء كان معه زحير أو لم يكن ، وما أشكل أمره من الامراض رجع فيه إلى قول أهل المعرفة وم الأطباء لأنهم أهل الخبرة بذلك والخبرة والمعرفة ولا يقبل إلا قول طبيين مسلمين ثقتين بالغين لأن ذلك يتعلق به حق الوارث وأهل العطايا فلم يقبل فيه إلا ذلك ، وقياس قول الحنفي أنه يقبل قول الطبيب العدل إذا لم يقدر على طبيين كما ذكرنا في باب الدعاوى ، فهذا الضرب وما أشبهه عطاياا صحيحة لما ذكرناه من قصة عمر رضي الله عنه فإنه لما جرح سقاء الطبيب لبنا فخرج من جرحه فقال له الطبيب : اعد إلى الناس ، فهدد اليهم ورعى فاتفق الصحابة على قبول عهده ووصيته ، وأبو بكر لما اشتد مرضه مهد إلى عمر فنفذ عهده

شاء الله تعالى أنه يعطى عشرة بالعدد لأنه الذي تناوله لفظه ولفظه هو المقتضى فلا يعدل عنه لكن يعطى واحدا بالقرعة لأنه يستحق واحدا غير معين وليس واحد بأولى من واحد فوجب المصير إلى القرعة كما لو أعتق واحدا منهم وعلى مانقله ابن منصور يعطيه الورثة ما شاؤوا من صحيح أو معيب جيد أو رديء لأنه يتناوله اسم العبد فأجزأ كما لو وصى له بعبد ولم يصفه إلى عبيده

﴿مسئلة﴾ (وإن لم يكن له عبيد لم تصح الوصية في أحد الوجهين)

لأنه أوصى له بلا شيء فهو كما لو قال أوصيت لك بما في كبسي ولا شيء فيه أو بداري ولا دار له وهذا أحد الوجهين ، فإن اشترى قبل موته عبيداً احتمل أن لا تصح الوصية لأنها وقعت باطلاً فهو كما لو قال أوصيت لك بما في كبسي ولا شيء فيه ثم جعل في كبسه شيئاً ، ولأن الوصية تقتضي عبداً من الموجودين حال الوصية ، وقد روى ابن منصور عن أحمد بن قيس قال في مرضه أعطوا فلاناً من كبسي مائة درهم فلم يوجد في كبسه شيء يعطى مائة درهم فلم يبطل الوصية لأنه قصد إعطاء مائة درهم وظنها في الكبس فإذا لم يكن له في الكبس أعطي من غيره فكذلك يخرج في الوصية بعبد من عبيده إذا لم يكن له عبيد يشترى له عبداً ويعطاه وهذا الوجه الثاني ووجهه أنه لما تعدت العنفة بقي أصل الوصية فأشبه ما لو وصى له بألف لا يملكه ثم ملكه

﴿مسئلة﴾ (فإن كان له عبيد فأتوا إلا واحداً تبينت الوصية فيه وكذلك إن لم يكن له إلا عبد واحد لتعذر تسليم الباقي ، وإن تلف رقيقه جميعهم قبل موت الموصي بطلت الوصية لأنها إنما تلزم بالموت ولا عبيد له حينئذ ، وإن تلفوا بعد موته بغير تفریط من الورثة بطلت أيضاً لأن التركة عند الورثة غير مضمونة لأنها حصلت في أيديهم بغير فعلهم ، وإن قتلهم قاتل الموصي له قيمة أحدهم مبنياً على

(مسئلة) قال (وكذلك الحامل اذا صار لها ستة أشهر)

يعني عطيتها من الثلث وهذا قول مالك وقال اسحاق اذا انفلت لا يجز لها الا الثلث ولم يجد وحكاه ابن المنذر عن أحمد . وقال سعيد بن المسيب وعطاء وقتادة : عطية الحامل من الثلث . وقال أبو الخطاب عطية الحامل من رأس المال ما لم يضربها المخاض فاذا ضربها المخاض فعطيتها من الثلث وبهذا قال النخعي ومكحول ويحيى الانصاري والاوزاعي واثوري والغبري وابن المنذر ، وهو ظاهر مذهب الشافعي لأنها قبل ضرب المخاض لا تخاف الموت ولأنها انما تخاف الموت اذا ضربها الطاق فأشبهت صاحب الامراض الممتدة قبل أن يصير صاحب فراش ، وقال الحسن والزهري : عطيتها كعطية الصحيح وهو القول الثاني لشافعي لان الغالب سلامتها ، ووجه قول الحرقي ان ستة الاشهر وقت يمكن الولادة فيه وهي من أسباب التلف ، والصحيح ان شاء الله أنها اذا ضربها الطاق كان مخوفاً لانه ألم شديد يخوف منه التلف فأشبهت صاحب سائر الامراض المخوفة ، وأما قبل ذلك فلا ألم بها واحتمال وجوده خلاف العادة فلا يثبت الحكم باحتماله "بعيد مع عدمه كالصحيح فأما بعد الولادة فان بقيت المشيمة معها فهو مخوف ، وإن مات الولد معها فهو مخوف لانه يصعب خروجه وإن وضعت الولد وخرجت المشيمة وحصل ثم ورم أو ضرب بان شديد فهو مخوف وإن لم يكن شيء من ذلك فقد روي

الروایتين فيمن يستحقه منهم في الحياة إما قيمة أحدهم بالقرعة أو قيمة من يختاره الورثة لانه بدل عما وجب له .

(مسئلة) (وان وصى له بقوس وله أقواس للرمي والبندق والندف فله قوس الشباب لانه أظهرها إلا أن يقرن به قرينة تصرفه إلى غيره وعند أبي الخطاب له أحدهم بالقرعة كالوصية بعبد من عبيده) إذا وصى له بقوس صحت الوصية لان فيه منفعة مباحة سواء كان قوس نشاب وهو الفارسي أو نبل وهو العربي أو قوس بمجرى أو قوس جرح أو ندف أو بندق فان لم يكن له إلا قوس واحد من هذه القوسي تبينت الوصية فيه وان كانت له جميعها وكان في لفظه أو حاله قرينة تصرفه إلى أحدها انصرف اليه مثل أن يقول قوس يندف به أو يتعيش به أو نحو ذلك فهذا يصرفه إلى قوس الندف وان قال قوس ينزرو به خرج منه قوس الندف والبندق ، وان كان الموصى له نداقا لاعادة له بالرمي أو بسدقانياً لا عادة له بالرمي بشيء سواء أو يرمي بقوس غيره ولا يرمي بسواء انصرف الوصية إلى القوس الذي يستعمله عادة لان ظاهر حال الموصي أنه قصد نفعه بما جرت عادة بالانتفاع به فان انتفت القرائن فاختار أبو الخطاب أنه يأخذ أحدها بالقرعة كالوصية بعبد من عبيده أو يعطيه الورثة ما يختارونه لان اللفظ يتناول جميعها . قال شيخنا والصحيح أن وصيته لا تتناول قوس الندف ، ولا البندق ولا العربية في بلد لا عادة لهم بالرمي بها ، وهذا مذهب الشافعي ، إلا أنه لم يذكر العربية ،

(المغني والشرح الكبير) الامور التي يحصل بها الخوف وتقوم مقام المرض الخوف ٥٠٩

عن أحمد في النفس. ان كانت ترى الدم فعطيتها من انثالث ويحتمل أنه أراد بذلك اذا كان معه ألم لازمه لذلك في الغالب ويحتمل أن يحمل على ظاهره فانها اذا كانت ترى الدم كانت كالربض وحكمها بعد السقط كحكمها بعد وضع الولد الزام ، وإن أسقطت مضغة أو علقه فلا حكم له الا أن يكون ثم مرض أو ألم وهذا كله مذهب الشافعي إلا أن مجرد الدم عنده ليس بخوف

(فصل) ويحصل الخوف بغير ما ذكرناه في مواضع خمسة تقوم مقام المرض (أحدها) اذا التحم الحرب واختلطت الطائفتان لقتال وكانت كل طائفة مكافئة للأخرى أو متهورة ، فأما القاهرة منها بعد ظهورها فليست خائفة ، وكذلك اذا لم يختلطوا بل كانت كل واحدة منها متميزة سواء كان بينهما رمي بالسهم أو لم يكن فليست حالة خوف ، ولا فرق بين كون الطائفتين متفقتين في الدين أو متفترقتين وبه قال مالك والاوزعي والثوري ونحوه عن مكحول وعن الشافعي قولان (أحدهما) كقول الجلاء (والباقي) ليس بخوف لانه ليس بمرض

ولنا أن توقع التلف ههنا كتوقع المرض أو أكثر فوجب أن يلحق به ولأن المرض انما جعل مخوفاً لخوف صاحبه التلف وهذا كذلك ، قال أحمد اذا حضر القتال كان عتقه من الثلث وعنه اذا التحم الحرب فوصيته من المال كله فيحتمل أن يجعل هذا رواية ثانية وتسمى العطية وصية تجوزاً لكونها في حكم الوصية ولكونها عند الموت ويحتمل أن يحمل على حقيقته في صحة الوصية من المال كله لكن

ويكون له واحد مما عدا هذه لان هذه لا يطلق عليها اسم القوس في المادة من غير أهلها حتى يضيفها فيقول قوس القطن أو التندق أو البندق ، وأما العربية فلا يتعارفها غير طائفة من العرب فلا يخطري بالالموصي غالباً ويعطى القوس معمولاً لانها لا تسمى قوساً إلا كذلك ، ولا يستحق وترها لان الاسم يقع عليها دونه ، وفيه وجه آخر أنه يعطاها بوترها لانها لا ينتفع بها إلا به فكان كجزء من أجزائها .

(مسألة) (وإن وصى له بطل حرب صحت الوصية به لأن فيه منفعة مباحة ، وإن كان بطل لهُ لا يصلح إلا لهُ لم تصح لعدم المنفعة المباحة ، فإن كان إذا فصل صلح للحرب لم تصح الوصية به أيضاً لأن منفعته في الحال معدومة ، فإن كان يصلح لهما صحت الوصية به لان المنفعة به قائمة ، وإن وصى له بطل وأطلق وله بطلان تصح الوصية بأحدهما دون الآخر انصرفت الوصية الى البطل المباح فإن كان له بطل تصح الوصية بجميعها فله أحدها بالقرعة أو ما شاء الورثة على اختلاف الروايتين . وإن وصى بدف صحت الوصية به لان النبي صلى الله عليه وسلم قال « اعذوا النكاح واضربوا عليه بالدف » ولا تصح الوصية بمزمار ولا طنبور ولا عود لهُ لانها محرمة وسواء كانت فيها الاوتار أو لم تكن لانها مهيأة لفعل المعصية فأشبه ما لو كانت فيه الاوتار .

(مسألة) (وتنفذ الوصية فيما علم من ماله أو لم يعلم)

وقال مالك لا تنفذ الا فيما علم ، وحكي ذلك عن ابن بن عثمان وعمر بن عبد العزيز وربيعة ومالك

٥١٠ الامور التي يحصل بها الخوف وتقوم مقام المرض المخوف (المغني والشرح الكبير)

يقف الزائد على الثالث على اجازة الورثة فان حكم وصية الصحيح وخائف التالف واحد (الثانية) اذا قدم ايقتل فهي حالة خوف سواء اريد ثلثه لا يخاص أو لغيره وللشافعي فيه قولان (أحدهما) أنه مخوف (والثاني) ان جرح فهو مخوف وإلا فلا لانه صحيح البدن والظاهر العفو عنه

ولنا أن التهديد بالقتل جعل اكرهاها يمنع وقوع الطلاق وصحة البيع ويبيح كثيراً من المحرمات ولولا الخوف لم يثبت هذه الاحكام واذ حكم المرض وحاضر الحرب بالخوف مع ظهور السلامة وبعد وجود التالف فمع ظهور التالف وقربه أولى ولا عبرة بصحة البدن فان المرض لم يذكر ثبتنا لهذا الحكم لعينه بل لخوف افضائه إلى التالف فثبت الحكم ههنا بطريق الثاني لظهور التالف

(الثالثة) اذا ركب البحر فان كان ساكنسا فليس بمخوف وإن تموج واضطرب وهبت الريح العاصف فهو مخوف فان الله تعالى وصفهم بشدة الخوف بقوله سبحانه (هو الذي يسيركم في البر والبحر حتى اذا كنتم في الفلك وجرين بهم بريح طيبة وفرحوا بها جاءتها ربيع عاصف وجاءهم الموج من كل مكان وظنوا أنهم أحيط بهم دعوا الله مخلصين له الدين انن أنجيئنا من هذه لكونن من الشاكرين)

(الرابعة) الاسير والمخروس اذا كان من عاداته القتل فهو خائف عطية من الثالث وإلا فلا وهذا قول أبي حنيفة ومالك وابن أبي ليلى وأحد قولي الشافعي ، وقال الحسن لما حبس الحجاج إياس بن معاوية : ليس له من ماله لا الثلث ، وقال أبو بكر عطية الاسير من الثلث ولم يفرق به قال الزهري

إلا في المدبر فانه يدخل في كل شيء .

ولنا أنه من ماله فدخل في وصيته كالمعلوم ولان الوصية بحجزه من ماله لفظ عام فدخل فيه ما لم يعلم به من ماله كما لو نذر الصدقة بثلثه

﴿مسئلة﴾ (وإن وصى بثلثه فاستحدث مالا دخل ثلثه في الوصية)

في قول أكثر أهل العلم ولا فرق عندهم بين التلاد والمستفاد في أنه يعتبر ثلث الجميع وعن قال ذلك النخعي والأوزاعي ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لانه من ماله يرثه ورثته وتقضى منه ديونه أشبه ما ملكه قبل الوصية ولما ذكرنا في التي قبلها .

﴿مسئلة﴾ (وإن قتل وأخذت دينه فهل تدخل الدية في الوصية ؟ على روايتين)

(أحدهما) تدخل قال منها روي عن أحمد فيمن أوصى بثلث ماله أو جزء مشاع فقتل الموصي وأخذت دينه فقال يستحق منها ، وروي عن علي رضي الله عنه في دية الخطأ مثل ذلك ، وهو قول الحسن ومالك (والثانية) لا تدخل في وصيته فقالها ابن منصور وروي ذلك عن مكحول وشريك وأبي ثور وداود وهو قول اسحاق ، وقال مالك في دية العمد لان الدية إنما تجب للورثة بعد موت الموصي لان سببها الموت فلا يجوز وجوبها قبله لان الحكم لا يتقدم سببه ولا يجوز أن يجب للميت بعد موته لانه بالموت تزول أملاكه الثابتة له فكيف يتجدد له ملك فلا تدخل في الوصية لان الميت إنما

(المعنى والشرح الكبير) الأمور التي يحصل بها الخوف وتقوم مقام المرض الخوف ٥١٩

والثوري واسحاق وحكام ابن المنذر عن أحمد ، وتأول القاضي ماروي عن أحمد في هذا على ما ذكرناه من التفصيل ابتداء ، وقال الشعبي ومالك النازمي عطيته من الثلث ، وقال مسروق إذا وضم رجله في الفرز ، وقال الاوزاعي المحصور في سبيل الله والمحبوس ينتظر القتل أو تفقأ عيناه هو في ثلثه والصحيح إن شاء الله ما ذكرنا من التفصيل لأن مجرد الحبس والاسر من غير خوف القتل ليس بمرض ولا هو في معنى المرض في الخوف فلم يجر إلحاقه به ، وإذا كان المريض الذي لا يخاف التلف عطيته من رأس ماله فغيره أولى

(الخامسة) إذا وقع الطاعون ببلدة فعن أحمد أنه مخوف ويحتمل أنه ليس بمخوف فإنه ليس بمرض وإنما يخاف المرض والله أعلم

(فصل) ويعتبر خروج العطية من الثلث حال الموت فمما خرج من الثلث تبينا ان العطية صحت فيه حال العطية فانما المعطى أو كسب شيئا قسم بين الورثة وبين صاحبه على قدر ما لها فيه فربما افضى الى الدور فمن ذلك إذا اعتق عبدا لآمال له سواء فكسب مثل قيمته في حياة سيده فلا عبد من كسبه بقدر ما اعتق منه وباقيه لسيده فيزداد به مال السيد ويزداد الحرية لذلك ويزداد حق من كسبه فينقص به حق السيد من الكسب وينقص بذلك قدر المعتق منه ، فإذا تخرج ذلك بالجبر فيقال عتق من العبد شيء . وله من كسبه شيء . لأن كسبه مثله ولورثته من العبد وكسبه شيئا لأن لهم مولى ما اعتق منه وقد عتق منه شيء . ولا يحسب على العبد ما حصل له من كسبه لانه استحقه بجزئه الحر لا من جهة سيده

يوصى بجزء من ماله لا بمال ورثته ، ووجه الرواية الاولى أن الدية تجب للميت لأنها بدل نفسه ونفسه له فكذلك بدلها ، ولأن بدل أطرافه في حياته له فكذلك بدل نفسه بعد موته ، ولذلك نقضى منها ديونه ويجوز منها إن كان قبل تجهيزه ، وإنما يجوز ورثته من أملاكه ما استغنى عنه فاما ما تعلق به حاجته فلا ولا أنه يجوز أن يتجدد له ملك بعد الموت كمن نصب شبكة فسقط فيها شيء بعد موته فإنه يملك بحيث تقضى منه ديونه ويجوز فكذلك ديته لأن تنفيذ وصيته من حاجته فأشبه قضاء ديته .

(مسألة) (فان وصى بمعين بقدر نصف الدية فهل الدية على الورثة من الثلثين ؟ على وجهين) بناء على الروايتين فعلى الرواية الاولى تحسب الدية من ماله فان كانت وصيته بقدر نصف الدية أو أقل منه نفذت الوصية والا أخرج منه قدر ثلثها . وعلى الرواية الثانية لا تحسب الدية وتخرج الوصية من ثلاد ماله دون ديته بناء على أن الدية ليست من ماله .

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وتصح الوصية بالمنفعة المفردة وتصح بخدمة عبد ومنفعة أمة وغلة دار وبشجرة بستان أو شجرة سواء وصى بذلك مدة معلومة أو بجميع الثمرة والمنفعة في الزمان كله وهذا قول الجمهور منهم مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وقال ابن أبي ليلى لا تصح الوصية بالمنفعة المفردة لأنها معدومة .

ولنا أنه يصح تملكها بعد المعاوضة فتصح الوصية بها كالأعيان ويعتبر خروج ذلك من ثلث المال

فصار للعبد شيآن وللورثة شيآن من العبد وكسبه فيقسم العبد وكسبه نصفين يعتق منه نصفه وله نصف كسبه وللورثة نصفهما، وإن كسب مثلي قيمته فله من كسبه شيآن صار له ثلاثة أشياء، ولهم شيآن فيقسم العبد وكسبه أخماسا يعتق منه ثلاثة أخماسه وله ثلاثة أخماس كسبه وللورثة خمساه وخمسا كسبه، وإن كسب ثلاثة أمثال قيمته فله ثلاثة أشياء من كسبه مع ما عتق منه ولهم شيآن فيعتق منه ثلثاه وله ثلثا كسبه ولهم الثلث منها وإن كسب نصف قيمته عتق منه شيء، وله نصف شيء، ولهم شيآن فالجميع ثلاثة أشياء ونصف إذا بسطناها انصافا صارت سبعة، له ثلاثة أسباعها فيعتق ثلاثة أسباعه وله ثلاثة أسباع كسبه والباقي لم لم فإن كانت قيمة مائة فكسب تسعة فاجعل له من كل دينار شيئا فقل عتق منه مائة شيء، وله من كسبه تسعة أشياء، ولهم مائتا شيء، وبعثت منه مائة جزء وتسعة أجزاء من ثلثمائة وتسعة وله من كسبه مثل ذلك ولهم مائتا جزء، من نفسه ومائتان من كسبه، وإن كان على السيد دين يستغرق قيمته وقيمة كسبه صرفا في الدين ولم يعتق منه شيء، لأن الدين مقدم على التبرع وإن لم يستغرق قيمته وقيمة كسبه صرف من العبد وكسبه ما يقضي به الدين وما بقي منه ما يقسم على ما يعمل في العبد الكامل وكسبه. فلو كان على السيد دين كقيمة صرف فيه نصف العبد ونصف كسبه وتقسم النصف الباقي بين الورثة والعتق نصفين، وكذلك بقية الكسب وإن كسب العبد مثل قيمته وللسيد مال مثل قيمته قسمت العبد ومثلي قيمته على الأشياء الأربعة فلكل شيء ثلاثة أرباع فيعتق من العبد ثلاثة أرباعه وله ثلاثة أرباع كسبه ولو اعتق عبداً قيمته عشرون ثم اعتق عبداً قيمته عشرة فكسب كل واحد منهما مثل قيمته

نص عليه أحمد في سكنى الدار وهو قول من قال بصحة الوصية بها، وإن لم يخرج من الثلث أحجز منها بقدر الثلث، وقال مالك إذا وصى بخدمة عبده سنة فلم يخرج من الثلث فالورثة بالخيار بين تسليم خدمته سنة وبين المال، وقال أصحاب الرأي وأبو ثور إذا وصى بخدمة عبده سنة فإن العبد يخدم الموصى له يوماً والورثة يومين حتى يستكمل الموصى له سنة فإن أراد الورثة بيع العبد يبيع على هذا

ولنا أنها وصية صحيحة فوجب تنفيذها على صفحتها إذا أخرجت من الثلث أو بقدر ما خرج من الثلث منها كما أثر الوصايا أو كالأعيان

إذا ثبت هذا وأريد تقويتها وكانت الوصية مقيدة بمدة قوم الموصى بمنفعته مسلوب المنفعة تلك المدة ثم تقوم المنفعة في تلك المدة فينظر كم بقيتها

(فصل) فإن أراد الموصى له بمنفعة العبد أو الدار اجارة العبد أو الدار في المدة التي أوصى له بنفعها فله ذلك، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة لا تجوز اجارة المنفعة المستحقة بالوصية لأنه أوصى له باستيفائه.

ولنا أنها منفعة يملكها مملوك تاماً فلك أخذ الموصى عنها بالأعيان كما لو ملكها بالاجارة وإن أراد الموصى له اخراج العبد عن البلد فله ذلك وبه قال أبو ثور، وقال أصحاب الرأي لا يخرج منه إلا أن يسكن أهل في غير البلد فيخرج به إلى أهله.

لنكحت الحرية في العبد الاول فيعتق منه شيء وله من كسبه شيء - ولورثة شيطان ويقسم العبدان وكسبهما على الاشياء الاربعة فيكون لكل شيء خمسة عشر فيعتق منه بقدر ذلك وهو ثلاثة ارباعه وله ثلاثة ارباع كسبه والباقي لهم وان بدأ يعتق الاذني عتق كله واخذ كسبه ويستحق الورثة من العبد الآخر وكسبه مثلي العبد الذي عتق وهو نصفه ونصف كسبه ويبقى نصفه ونصف كسبه بينهما نصفين فيعتق ربعه وله ربع كسبه ويرق ثلاثة ارباعه ويتبعه ثلاثة ارباع كسبه وذلك مثلاً ما اعتق منهما وان اعتق العبدان دفعة واحدة قرعنا بينهما فن خرجت له قرعة الحرية فكذلك كلاً بدأ باعتاقه (فصل) وان اعتق ثلاثة اعبد قيمهم سواء وعليه دين بقدر قيمة اقدمهم وكسب اقدمهم مثل

قيمه اقرعنا بينهم لخراج الدين ^(١) فاز وقعت على غير المكتسب عتق كله والمكتسب وماله للورثة وان وقعت قرعة الحرية على المكتسب عتق منه ثلاثة ارباعه وله ثلاثة ارباع كسبه وباقيه وباقي كسبه والعبد الآخر لورثته كما قلنا فيما اذا كان السيد مال بقدر قيمته ولو وقعت قرعة الدين ابتداء على المكتسب لقضينا الدين بنصفه ونصف كسبه ثم اقرعنا بين باقيه وبين العبد الآخر في الحرية فان وقعت على غيره عتق كله ولورثة ما بقي وان وقعت على المكتسب عتق باقيه واخذ باقي كسبه ثم تفرع بين العبدان لان تمام الثلث فن وقعت عليه القرعة عتق ثلثه وبقي ثلثاه والعبد الآخر للورثة ولو كان العبد موهوباً لانسان كان له من العبد وكسبه مثل ما للعبد من كسبه ونفسه في هذه المسائل كلها (فصل) وان اعتق عبدان متساويي القيمة بكلمة واحدة ولا مال له غيرهما فمات أحدهما قرع

ولنا أنه مالك لنفسه فملك إخراجهم كالمستأجر .

﴿ مسألة ﴾ (إذا أوصى بمنافع عبده أو أمته أبداً أو مدة بينهما فللورثة عتقها لأنها مملوكة لهم ومنفعتا باتية للعوصى له ولا يرجع على المعتق بشيء وان أعتقه صاحب المنفعة لم يعتق لأن العتق للرقبة وهو لا يملكها فان وهب صاحب المنفعة منافعاً للعبد أو أسقطها عنه فللورثة الانتفاع به لأن ما يوهب للعبد يكون لسيدته .

(فصل) ولهم بيعها وتباع مسلوقة المنفعة ويقوم المشتري مقام البائع فيها له وعليه وقيل لا يجوز بيعها لأن ما لا نفع فيه لا يصح بيعه كالخشرات والميتات وقيل يجوز بيعها لما لك منفعتها دون غيره لأن مالك منفعتها يجتمع له الرقبة والمنفعة فينتفع بذلك بخلاف غيره ولذلك جاز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لصاحب الشجرة دون غيره وكذلك بيع الزرع لصاحب الأرض ، ووجه الاول أنها أمة مملوكة تصح الوصية بها فصح بيعها لغيره ولأنه يمكنه اعتاقها وتحصيل ولائها وثواب عتقها بخلاف الخشرات .

﴿ مسألة ﴾ (ولهم ولاية تزويجها لأنهم يملكون رقبتها)

وليس لهم ذلك إلا بأذن صاحب المنفعة وليس لواحد منها تزويجها منفرداً لأن مالك المنفعة لا يملك رقبتها وصاحب المنفعة يتضرر به فان اتفقا على ذلك جاز لأن الحق لهما وكذلك لو طلت

(الجزء السادس)

(٦٥)

(المغني والشرح الكبير)

(١) قوله اقرعنا بينهم لخراج الدين فيه نظر لان القرعة لا تدخل لها في تعيين الدين لتعلق الدين بكل جزء من اجزاء التركة بخلاف العتق فانه يتعين بها فلذلك يجب أن يقرع للعتق أولاً ثم قوله ولو وقعت قرعة الدين ابتداء على المكتسب لقضينا الدين بنصفه ونصف كسبه بحكم لا وجه له ويحتاج الى جعل العتق في عبدان لذلك وهو خلاف للاصول اذ كان يمكنه جعل العتق بكلمة واحدة والله اعلم

بين الحي والميت فان وقعت على الميت فالحي رقيق وتبين أن الميت نصفه حر لان مع الورثة ثلثي نصفه وإن وقعت على الحي عتق ثلثه ولا يحسب الميت على الورثة لانه لم يصل اليهم (فصل) رجل أعتق عبداً لآمال له سواء قيمته عشرة فمات قبل سيده وخلف عشرين فهي لسيده بالولاء وتبين أنه مات حراً وكذلك إن خلف أربعين وبناتاً وإن خلف عشرة عتق منه شيء وله من كسبه شيء واسيده شيثان وقد حصل في يد سيده عشرة تعدل شيئين فتبين أن نصفه حر ونصفه رقيق والعشرة يستحقها السيد نصفها بحكم الرق ونصفها بالولاء فان خلف العبد ابناً فله من رقبته شيء ومن كسبه شيء يكون لآبيه بالميراث واسيده شيثان تنقسم العشرة على ثلاثة ثلاثين ثلثها وللسيد ثلثها وتبين أنه عتق من العبد ثلثه ، وإن خلف بنتاً فله نصف شيء وللسيد شيثان فصارت العشرة على خمسة للبنت خمسها وللسيد أربعة أخماسها تعدل شيئين فتبين أن خمسي العبد مات حراً ، وإن خلف العبد عشرين وابناً فله من كسبه شيثان يكونان لابنه وللسيد شيثان فصارت العشرة بين السيد وبين ابنه نصفين وتبين أنه عتق منه نصفه فان مات الابن قبل موت السيد وكان ابن معتقه ورثه السيد لانا تدينا أن أباه مات حراً لكون السيد ملك عشرين وهي مثلاً قيمته فعتق وحر ولابنه إلى سيده فورثه وإن لم يكن ابن معتقه لم ينجر ولاؤه ولم يرثه سيد أبيه ، وكذلك الحكم لو خلف هذا الابن عشرين ولم يخلف أبوه

الزواج وجب تزويجها عند طلبها لانه لحقها وحققا في ذلك مقدم عليها لأنها لو طلبته من سيدها الذي يملك رقبته ومنفتحتها لزمه ذلك وقدم حقها على حقه ووليها في الموضعين مالك الرقبة لانه مالكها .

(مسئلة) (وهرها هنا وفي كل موضع واجب للورثة) في اختيار شيخنا لان منافع البضع لا تصح الوصية بها مفردة ولا مع غيرها ، ولا يجوز نقلها مفردة عن الرقبة بعد الزواج وإنما هي تابعة للرقبة فتكون لصاحبها وعند أصحابنا المهر الموصى له بالمنفعة لانه من منافعها .

(مسئلة) (وان وطئت بشبهة فالولد حر لان وطء الشبهة يكون الولد حراً لاختقاد الواطيء انه يطاق في ملك فهو كوطء المنورور بأمة ونجب قيمته يوم وضعه لصاحب الرقبة في أحد الوجهين وفي الآخر يشترى بها ما يقوم مقامها ويجب على الواطيء لانه الذي فوت رقه وإنما اعتبرت قيمته يوم الوضع لان مقتضى الدليل أن نجب قيمته حين العلوق لانه وقت نفويت الحرية فلما لم يمكن ذلك قومناه في أول حال الامكان وذلك حالة وضعه وهي للورثة ولا شيء للوصي فيها لانه إنما وصى له بنفع الام وليس الولد من المنافع ولا وصى له بمنفعته فلا يستحقه .

(مسئلة) (وان قتل فللورثة قيمتها في أحد الوجهين)

لأنهم مالكوها لان القيمة بدل الرقبة فتكون لصاحبها وتبطل الوصية بالمنفعة كما تبطل الاجارة وفي الوجه الآخر يشترى بها ما يقوم مقامها لان كل حق تعالى بالعين تعالى يبدلها إذا لم يبطل استحقاقها ويغارق الزوجة والبن المستأجرة لان الاستحقاق يبطل بتلفها

شيئا أو ملك السيد عشرين من أي جهة كانت، وإن لم يملك عشرين لم ينجر ولا الابن إليه لأن أباه لم يعتق وإن عتق بعضه جر من ولاه ابنه بقدره فلو خلف الابن عشرة وملك السيد خمسة فأنك تقول عتق من العبد شيء ويجر من ولاه أبيه مثل ذلك ويحصل له من ميراثه شيء مع خمسته وهما بعدلان شبيين وفي العشرة لمولى أمه فيقيم بين السيد ومولى الأم نصفين وتبين أنه قد عتق من العبد نصفه وحصل للسيد خمسة من ميراث ابنه وكانت له خمسة وذلك مثلا ما عتق من العبد فان مات الابن في حياة أبيه قبل موت سيده وخلف مالا وحكنا بعتق الأب أو عتق بعضه ورث مال ابنه إن كان حراً أو بقدر ما فيه من الحرية إن كان بعضه حراً ولم يرث سيده منه شيئاً وفي هذه المسائل خلاف تركت ذكره كراهة التطويل

(فصل) في المحاباة في المرض وهي أن يعاوض بماله ويسمح لمن عاوضه بعض عوضه وهي على أقسام (أحدها) المحاباة في البيع والشراء ولا يمنع ذلك صحة العقد في قول الجمهور . وقال أهل الظاهر العقد باطل .

ولنا عموم قول الله تعالى (وأحل الله البيع) ولأنه تصرف صدر من أهله في محله فصح كغير المريض فلو باع في مرضه عبداً لا يملك غيره قيمته ثلاثون بعشرة فقد حابا المشتري بثاني ماله وليس له المحاباة بأكثر من الثلث فان أجاز الورثة ذلك لزم البيع وإن لم يجيزوا فاختار المشتري فسخ البيع فله ذلك لأن الصفقة تبعضت عليه ، وإن اختار امضاء البيع فالصحيح عندي أنه يأخذ نصف المبيع

(مسألة) (وللاوصي استخداما واجارتها واعارها) لأن الوصية له بتمتعها وهذا منه

(مسألة) (وليس لواحد منها وطؤها)

لأن صاحب المنفعة لا يملك رقبته ولا هو زوجها ولا يباح وطء بغيرها لقول الله تعالى (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم) وصاحب الرقة لا يملكها ملكاً تاماً ولا يأمن أن تحمل منه فربما أفضى إلى هلاكها وإيهما وطئها فلا حد عليه لأنه وطء بشبهة لوجود الملك لكل واحد منهما وولده حر لأنه من وطء شبهة فان كان الواطيء صاحب المنفعة لم تصر أم ولد له لأنه لا يملكها وعليه قيمة ولدها يوم وضعه وحكمها على ما ذكرنا فيما إذا وطئها اجنبي بشبهة وإن كان الواطيء مالك الرقة صارت أم ولده لأنها علقت منه بحرف في ملكه وفي وجوب قيمته عليه الوجهان ، وأما المهر فان كان الواطيء ملك الرقة فلا مهر عليه في اختيار شيخنا وله المهر على صاحب المنفعة إن كان هو الواطيء وعند أصحابنا وأصحاب الشافعي ينعكس الحال وقد تقدم تعليل ذلك ويحتمل أن يجب الحد على صاحب المنفعة إذا وطئ لأنه لا يملك إلا المنفعة فوجب عليه الحد كالمتأجر وعلى هذا يكون ولده مملوكا

(مسألة) (وإن ولدت من زوج أوزنا فحكمه حكمها)

لأن الولد يتبع الأم في حكمها كولد المكاتبة والمذبرة ويحتمل أن يكون مالك الرقة لأن ذلك ليس من النفع الموصى به ولا هو من الرقة الموصى بنفعها

بنصف الثمن وفسخ البيع في الباقي وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، والوجه الثاني أنه يأخذ ثلثي المبيع بالثمن كله . إلى هذا أشار القاضي في نحو هذه المسئلة لأنه لا يتحقق الثلث بالحجابة والثلث الآخر بالثمن . وقال أهل العراق يقال له إن شئت أديت عشرة أخرى وأخذت المبيع ، وإن شئت فسخت ولا شيء لك ، وعند مالك له أن يفسخ ويأخذ ثلث المبيع بالحجابة ويسميها أحبابه خلع الثلث ولنا أن فيما ذكرناه مقابلة بعض المبيع بقسطه من الثمن عند تعذر أخذ جميعه بجميعة فصح ذلك كما لو اشترى سلعتين بثمن فانفسخ البيع في أحدهما لعيب أو غيره أو كما لو اشترى شقصا وسيفا فأخذ الشفيع الشقص أو كاشفعا ، يأخذ كل واحد منهم جزءاً من المبيع بقسطه أو كما لو اشترى قفيزاً يساري ثلاثين بقفيز قيمته عشرة وأما الوجه الذي اختاره القاضي فلا يصح لأنه أوجب له المبيع بثمن فيأخذ بعضه بالثمن كله فلا يصح كما لو قال بعثك هذا بمائة فقال قبلت نصفه بها ولأنه إذا فسخ البيع في بعضه وجب أن يفسخه في قدره من ثمنه ولا يجوز فسخ البيع فيه مع بقاء ثمنه كما لا يجوز فسخ البيع في الجميع مع بقاء ثمنه

وأما قول أهل العراق فإن فيه إيجاب الوارثة على المعارضة على غير هذا الوجه الذي عارضه مذهبهم وإذا فسخ البيع لم يتحقق شيئاً لأن الوصية إنما حصلت في ضمن البيع فإذا بطل البيع زالت الوصية كما لو وصى لرجل بعينه أن يحج عنه بمائة وأجر مثله خمسون فطلب الحسين الفاضلة بدين الحج ، وإن اشترى عبداً

(مسئلة) (وفي نفقتها ثلاثة أوجه)

(أحدها) تجب على مالك الرقبة وهو الذي ذكره الشريف أبو جعفر مذهباً لأحمد وبه قال أبو ثور وهو ظاهر مذهب الشافعي لأن النفقة على الرقبة فكانت على صاحبها كنفقة العبد المستأجر وكما لو لم يكن له منفعة قال الشريف ولأن الفطرة تلزمه والفطرة تتبع النفقة ووجوب التابع على انسان دليل على وجوب المتبوع عليه (والثاني) تجب على صاحب المنفعة وهو قول الاصطخري وأصحاب الرأي وهو أصح إن شاء الله تعالى لأنه يملك نفقة على التأيد فكانت النفقة عليه كالزوج ولأن نفقه له فكان عليه ضرره كالمالك لهما جميعاً بحقيقته أن إيجاب النفقة على من لا تقع له ضرر مجرد فيصير معنى الوصية أوصيتك بنفعم أمتي وأبقيت على وراثتي ضررها والشرع ينفي هذا بقوله «لا ضرر ولا إضرار» ولذلك جعل الحراج بالضمان ليكون ضرره على من له نفقه وفارق المستأجر فإن نفقه في الحقيقة للمؤجر لأنه يأخذ الأجر عوضاً عن المنافع (والثالث) أنها تجب في كسبه وهذا راجع إلى إيجابها على صاحب المنفعة لأن كسبه من منافعه فإذا صرفت في نفقته فقد صرفت المنفعة الموصى بها إلى النفقة فصار كما لو صرف إليه شيئاً من ماله سواء فإن لم يكن لها كسب فقل تجب نفقتها في بيت المالك لأن مالك الرقبة لا ينتفع بها وصاحب المنفعة لا يملك الرقبة فلا يلزمه إحيارها وكذلك سائر الحيوانات الموصى بنفقتها قياساً على الأمة

يساوي عشرة بثلاثين فانه يأخذ نصفه بنصف الثمن ، وإن باع العبد الذي يساوي ثلاثين بخمسة عشر جاز والبيع في ثلثه بثاني الثمن ، وعلى قول القاضي للمشتري خمسة أسداسه بكل الثمن وطريق هذا أن تنسب الثمن وثلث المبيع الى قيمته فيصح البيع في قدر تلك النسبة وهو خمسة أسداسه وعلى الوجه الاول يسقط الثمن من قيمة المبيع وينسب الثلث الى الباقي فيصح البيع في قدر تلك النسبة وهو ثلثا ثلثي الثمن ، فان خلف البائث عشرة أخرى فعلى الوجه الاول يصح البيع في ثمانية أنساعه بثمانية أنساع الثمن . وعلى الوجه الثاني يأخذ المشتري نصفه وأربعة أنساعه بجميع الثمن ويرد نصف تسعه وان باع قفيز حنطة يساوي ثلاثين بقفيز يساوي عشرة أو بقفيز يساوي خمسة عشر تعين الوجه الذي اخترناه في قول القاضي ومن وافقه لان المساراة هنا شرط في صحة البيع ولا تحصل بغير هذا الوجه وطريق حسابها بالجبر فيما اذا باعه بما يساوي ثلث قيمته ان نقول يجوز البيع في شيء من الارتفاع بشيء من الادون وقيمته ثلث شيء فتكون الحبابة بثلثي شيء . القها من الارتفاع يبق قفيز الا ثلثي شيء . يعدل مثلي الحبابة وذلك شيء . وثلث شيء . فاذا جبر به عدل شيئين فالشيء نصف القفيز

(فصل) [القسم الثاني] الحبابة في التزويج اذا تزوج في مرضه امرأة صداق مثلها خمسة فأصدقها عشرة لا يملك سواها ثم مات فان ورثته بطلت الحبابة الا أن يجيزها سائر الورثة وان لم ترثه لكونها

﴿مسئلة﴾ (وفي اعتبارها من الثلث وجهان)

(أحدهما) يعتبر جميعها من الثلث يعني تقوم بمنفعتها ويعتبر خروج ثمنها من الثلث لان أمة لا منفعة فيها لا قيمة لها غالبا (والثاني) تقوم بمنفعتها ثم تقوم مسلوبة المنفعة فيعتبر ما بينهما فاذا كان قيمتها بمنفعتها مائة وقيمتها مسلوبة المنفعة عشر علمنا ان قيمة المنفعة تسعون .

﴿مسئلة﴾ (وان وصى لرجل برقبته ولا آخر بمنفعتها صح) وصاحب الرقبة كالوارث فيما ذكرنا (فصل) واذا وصى بثمر شجرة مدة أو بقاء ثممر أبدا صح ولا يملك واحد من الموصى له والوارث اجبار الآخر على سقيها لانه لا يجبر على سقي ملكه ولا سقي ملك غيره فان أراد أحدهما سقيها بحيث لا يضر بصاحبه لم يملك الآخر منعه فان يبست الشجرة فخطبها للوارث وان وصى له بثمرها مدة بينها فلم تحمل في تلك المدة فلا شيء للموصى له وان قال لك ثمرتها أول عام ثممر صح وله ثمرتها في ذلك العام وكذلك اذا وصى له بما تحمل أمته أو شاته وان وصى لرجل بشجرة ولا آخر بثمرتها صح وقام صاحب الرقبة مقام الوارث فيما له وان وصى له بابن شاته وصوفها صح كما تصح الوصية بثمر الشجرة وان أوصى بلبنها أو صوفها صح ويقوم الموصى به دون العين

(فصل) واذا وصى لرجل بحب زرعه ولا آخر بتبنيه صح والنفقة بينهما لان كل واحد منهما تنفق حقه بالزرع فان امتنع أحدهما من الاتفاق فهما بمنزلة الشريكين أصل الزرع إذا امتنع أحدهما من

مخالفة له في الدين أو غير ذلك فلها مهرها وثلاث ماحاباها به وإن ماتت قبله فورثها ولم تخلف مالا سوى ما أصدقها دخلها الدرر فتصح المحاباة في شيء فيكون له خمسة بالصدوق وشيء بالمحابة ويبقى لورثة الزوج خمسة لأشياء ثم رجع اليهم بالميراث نصف مالها وهو اثنان ونصف ونصف شيء صار لهم سبعة ونصف الا نصف شيء يعدل شيئين أجبر وقابل يخرج النشيء ثلاثة فكان لها ثمانية رجع الى ورثة الزوج نصفها أربعة صار لهم ستة ولورثتها أربعة فإن ترك الزوج خمسة أخرى قلت يبقى مع ورثة الزوج اثنا عشر ونصف الا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء خمسة فجازت لها المحابة جميعها ورجع جميع ماحاباها به الى ورثة الزوج وبقي لورثتها صدق مثلها . وإن كان للمرأة خمسة ولم يكن للزوج شيء قلت يبقى مع ورثة الزوج عشرة الا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء أربعة فيكون لها بالصدوق تسعة مع خمسها أربعة عشر رجع الى ورثة الزوج نصفها مع الدينار الذي بقي لهم صار لهم ثمانية ولورثتها سبعة . وإن كان عليها دين ثلاثة قلت يبقى مع ورثة الزوج ستة الا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء ديناران وخمسان . والباب في هذا أن ننظر ما يبقى في يد ورثة الزوج لخمساه هو الشيء الذي صحت المحابة فيه وذلك لأنه بعد الجبر يعدل شيئين ونصفا والشيء هو خمس شيئين ونصف وإن شئت أسقطت خمسة وأخذت نصف ما بقي

(فصل) [القسم الثالث] أن يخالها في مرضها بأكثر من مهرها فذهب أحد أن لورثتها أن

سقيه والاتفاق عليه فيخرج في ذلك وجهان (أحدهما) يجبر على الاتفاق عليه هذا قول أبي بكر لأن في ترك الاتفاق ضرراً عليهما وإضاعة للمال وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا إضرار » ونهى عن إضاعة المال (والثاني) لا يجبر على الاتفاق على مال نصيبه ولا على مال غيره إذا كان كل واحد منهما منزهاً فكذا إذا اجتمعا واصل الوجهين إذا استهدم الحائط المشترك فدعا أحد الشريكين الآخر الى مباناته فامتنع وبني أن تكون الثقة عليهما على قدر قيمة كل واحد منهما كما لو كانا مشتركين في أصل الزرع

(فصل) وإن أوصى لرجل بخاتم وآخر بنفسه صح وليس لواحد منهما الانتفاع به إلا باذن الآخر وإيهما طلب قلع النص من الخاتم أجيب اليه وأجبر الآخر عليه وإن اتفقا على بيعه واصطلفا على لبسه جاز لأن الحق لها

(فصل) فإن وصى لرجل بدينار من غلة داره وغلتها ديناران صح فإن أراد الورثة بيع نصفها وترك النصف الذي أجره دينار فله منهم منه لأنه يجوز أن ينقص أجره عن الدنيا وإن كانت الدار لا يخرج من الثلث فلهم بيع ما زاد عليه خاصة وترك الباقي فإن كان عليه دينار أو أقل فهو الموصى له وإن زادت فله دينار والباقي للورثة.

﴿مسألة﴾ تصح الوصية بالمكاتب إذا قلنا يصح بيعه (

لا يسطره أكثر من ميراثه منها يكون له الأقل من العرض أو ميراثه منها وبهذا قال أبو حنيفة : إن خالها بعد دخوله بها وماتت قبل انقضاء عدتها لأنها متهمه في أنها قصدت إيصال أكثر من ميراثه اليه وعند مالك أن زاد على مهر المثل فالزيادة مردودة وعن مالك أن خلع المريضة باطل. وقال الشافعي الزيادة على مهر المثل محاباة تعتبر من الثلث

وقال أبو حنيفة أن خالها قبل دخوله بها أو مات بعد انقضاء عدتها فالعرض من الثلث، ومثل ذلك امرأة اختلعت من زوجها بثلاثين لأمال لها سواها وصدائق بينهما اثنا عشر فله خمسة عشر سوا. قل صدقها أو أكثر لأنها قدر ميراثه وعند الشافعي له ثمانية عشر اثنا عشر لأنها قدر صدقها وثلث باقي المال بالمحاباة وهو ستة ، وإن كان صداقها ستة فله أربعة عشر لأن ثلث الباقي ثمانية . مريض تزوج امرأة على مائة لا يملك غيرها ومهر مثلها عشرة ثم مرضت فاختلعت منه بالمائة ولا مال لها سواها فلها مهر مثلها ولها شيء بالمحاباة والباقي له ثم رجع اليه نصف مالها بالمحاباة وهو خمسة ونصف شيء. صار مع ورثته خمسة وسبعون إلا نصف شيء يعدل شيئين فبعد الجبر يخرج الشيء ثمانية وثلاثين فقد صح لها بالصدائق والمحاباة ثمانية وأربعون وبقي مع ورثته اثنان وخمسون فرجع اليهم بالحلم أربعة وعشرون فصار معهم ستة وسبعون وبقي المرأة أربعة وعشرون ، وعند الشافعي يرجع اليهم صدق المثل وثلث شيء بالمحاباة نصار بأيديهم مائة إلا ثلثي شيء يعدل شيئين فالشيء ثلاثة أثمانها وهو

لأنه مملوك يصح بيعه فصحت الوصية به كالفن ويقوم من انتقل اليه مقام السيد في الاداء اليه وإن عجز عاد رقيقا له وإن عتق فالولاء له كالمشتري فإن عجز في حياة الموصي لم تبطل الوصية لأن رقه لا ينافيها وإن أدى بطلت فإن قال إن عجز ورق فهو لك بعد موته فعجز في حياة الموصي صحت الوصية وإن عجز بعد موته بطلت كما لو قال لعبدك أن دخلت الدار فأت حر بعد موتي فلم يدخلها حتى مات سيده وإن قال إن عجز بعد موته فهو لك ففيه وجهان نذكرهما في العتق فيما إذا قال إن دخلت الدار بعد موتي فأت حر

(مسئلة) وإن وصى له بمال الكتابة أو ينجم منها صح

لأنها تصح بما ليس بمستقر كما تصح بما لا يملكه في الحال كحمل الجارية والموصى له أن يستوفي المال عند حلوله وله أن يبريء منه ويعتق بأحدهما والولاء لسيدته لأنه المنعم عليه فإن عجز وأراد الوارث تعجيله وأراد الوصي انظاره فالقول قول الوارث لأن حق الوصي في المال إذا كان العقد قائما وحق الوارث متعلق به إذا عجز برده في الرق وليس للوصي إبطال حق الوارث من تعجيله وكذلك إن أراد الوارث انظاره وأراد الوصي تعجيله فالحكم للوارث ولاحق للوصي في ذلك ولا تنفع له لأن حقه يسقط به ومتى عجز عاد عبدا للوارث وإن وصى بما يجعله المكاتب صح فإن عجل شيئا فهو للوصي وإن لم يعجل شيئا حتى حلت نجومه بطلت الوصية

سبعة وثلاثون ونصف فصار لها ذلك ومهر المثل رجع اليه مهر المثل وثلث الباقي اثناعشر ونصف فيصير بأيدي ورثته خمسة وسبعون وهو مثلاً بمحباتها وعند أبي حنيفة يرجع اليهم ثلث العشرة وثلاث الشيء فصار معهم ثلاثة وتسعون وثلث إلا ثلثي شيء فالثاني ثلاثة أثنى عشر وهو خمسة وثلاثون مع العشرة صار لها خمسة وأربعون رجع إلى الزوج ثلثها صار لورثتها ثلاثون ولورثته سبعون هذا إذا ماتت بعد انقضاء عدتها، وإن تركت المرأة مائة أخرى فعلى قولنا يبقى مع ورثة الزوج مائة وخمسة وأربعون إلا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء خمساً ذلك وهو ثمانية وخمسون وهو الذي صحت المحابة فيه فلها ذلك . وعشرة بالمثل صار لها مائة وثمانية وستون رجع إلى الزوج نصفها أربعة وثمانون وكان الباقي معه اثنان وثلاثون صار له مائة وستة عشر ولورثتها أربعة وثلاثون

فصل في الهبة

رجل وهب أخاه مائة لا يملك غيرها فقبضها ثم مات وخاف بنتاً قد صحت الهبة في شيء، والباقي الواهب ورجع اليه بالميراث نصف الشيء الذي جازت الهبة فيه صار معه مائة إلا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء خمساً ذلك أربعون رجع إلى الواهب نصفها عشرون صار معه ثلاثون وبقي لورثة أخي الواهب عشرون وطريقها بالباب أن تأخذ عدداً ثلثه نصف وهو ستة فتأخذ الثلثة اثنين وتلقى نصفه

(مسئلة) (وان وصى لرجل برقبته وآخر بما عليه صح فان أدى الى صاحب المال أو أبرأه منه هتق وبطلت وصيته صاحب الرقبة)

قاله أصحابنا ويحتمل أن لا تبطل ويكون الولاء له لانه أقامه مقام نفسه ولو لم يوص بها كان انولاء له فاذا أوصى بها كان الولاء للموصى له وكما لو وصى له بالمسكاتب مطلقا لان الولاء يستفاد من الوصية بالرقبة دون الوصية بالمال وان عجز فسخ صاحب الرقبة كتابته وكان رقيقا له وبطلت وصية صاحب المال وان كان صاحب المال قبض من مال الكتابة شيئا فهو له فان اختلفا في فسخ الكتابة بعد العجز قدم قول صاحب الرقبة لانه يقوم مقام الورثة على ما ذكرنا

(فصل) فان كانت الكتابة فاسدة فوصى لرجل بما في ذمة المسكاتب لم يصح لانه لا شيء في ذمته فان قال أوصيت لك بما أقبضه من مال الكتابة صح لان الكتابة الفاسدة يؤدي منها المال كما يؤدي في الصحيحة وان وصى برقبة المسكاتب فيها صح لانها تصح في المسكاتب الصحيحة في الفاسدة أولى والله أعلم (فصل) واذا قال اشتروا بثلي رقابا فاعتقوهم لم يحجز صرفه الى المسكاتبين لانه أوصى بالشراء لا بالذم اليهم فان اتسم الثلث لم يحجز أن يشتري أقل منها لانها أقل الجمع فان قدر أن يشتري أكثر من ثلاثة بمن ثلاثة غالية كان أولى وأفضل لان النبي ﷺ قال « من أعتق امرأ مسلما أعتق الله بكل عضو منه عضوا منه من النار » ولانه يفرج عن نفس زائدة فكان أفضل من عدم ذلك وان أمكن

سهما يبقى سهم فهو الموهوب له ويبقى للواهب أربعة فنقسم المائة سهم على خمسة والسهم الذي أسقطناه لا يذكر لأنه يرجع على جميع السهام الباقية بالسوية فيجب اطراحه كالسهم الفاضلة عن الفروض في مسألة الرد ، وشبه هذه المسئلة من مسائل الرد أم واختان فللاختين أربعة والأم سهم يسقط ذكر السهم السادس ، ولو كان ترك اثنتين ضربت ثلاثة في ثلاثة صارت تسعة وأسقطت منها سهما يبقى سهمان فهي التي تبقى لورثة الموهوب له ويبقى ستة للواهب وهي مثلاً ما جازت الهبة فيه ، وإن خلف امرأة وبنات فمستثنى من ثمانية تضربها في ثلاثة تكن أربعة وعشرين تسقط منها الثلاثة التي ورثها الواهب يبقى أحد وعشرون فهي المال وتأخذ ثلث الأربعة والعشرين وهي ثمانية تلتقى منها الثلاثة يبقى خمسة فهي الباقية لورثة الموهوب له والباقي للواهب فنقسم المائة على هذه السهام

(فصل) فان وهب مريضاً مائة لا يملك سواها ثم عاد الموهوب له فوهبها للاول ، ولا يملك سواها فبالباب نصرب ثلاثة في ثلاثة ونسقط منها سهما يبقى ثمانية فاقسم المائة عليها الكل سهم

شراء ثلاثة رخيصة وحصصة من الرابعة بثمان ثلاثة فالثلاثة أفضل لان النبي ﷺ لما سئل عن أفضل الرقاب قال « أغلاها ثمناً وأنفسها عند أهلها » والقصد من العتق تكميل الاحكام من الولاية والجمعة والحج والجهاد وسائر الاحكام التي تختلف بالرق والحرية ولا يحصل ذلك الا باعتاق جميعه ، وهذا التفصيل والله أعلم من النبي ﷺ إنما يكون مع التساوي في المصلحة ، فأما ان ترجح بعضهم بدين وعفة وصلاح ومصلحة له في العتق بأن يكون مضروراً بالرق وله صلاح في العتق وغيره له مصلحة في الرق ولا مصلحة في العتق بل ربما تضرر به من قوات تفقته وكفايته ومصلحه وعجزه بعد العتق عن الكسب وخروجه عن الصيانة والحفظ فان اعتاق من كثرت المصلحة في اعتاقه أفضل وأولى وان قلت قيمته ولا يسوغ اعتاق من في اعتاقه مفسدة لان مقصود الموصي تحصيل الثواب والاجر ولا أجر في اعتاق هذا ، ولا يجوز أن يعتق الا رقبة مسلمة فان الله تعالى لما قال (فتحرير رقبة) لم يتناول الا المسلمة ومطلق كلام الآدمي محمول على مطلق كلام الله تعالى ولا يجوز اعتاق معيبة عيباً يمنع من الاجزاء في الكفارة والله أعلم

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (ومن أوصى له بشيء بمينه فتلّف قبل موت الموصي أو بعده بطلت الوصية) كذلك حكاه ابن المنذر فقال أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل اذا وصى له بشيء فهلك الشيء ان لا شيء له في سائر مال الميت وذلك لان الموصى له انما يستحق بالوصية لا غير وقد تعلقت بمعين فاذا ذهب ذهب حقه كما لو تلف في يده والتركة في يد الورثة غير مضدونة عليهم لانها حصلت في أيديهم بغير فعلهم ولا تفریطهم فلا يضمّنوا شيئاً

(مسئلة) (ولو تلف المال كله غيره بعد موت الموصي فهو للموصى له)

خمس وعشرون ثم خذ ثلثها ثلاثة أسقط منها سهاً يبقى سهان فهو للموهوب الاول وذلك هو الربع والجبر قد صحت الهبة في شيء ثم صحت الهبة ائمانية في ثلثه بقي للموهوب الاول ثلثا شيء والواهب مائة الا ثلثي شيء يعدل شيئين اجبر وقابل يخرج الشيء سبعة وثلثين ونصفا رجع إلى الواهب ثلثها اثنا عشر ونصف وبقي للموهوب له خمسة وعشرون فان خلف الواهب مائة أخرى فقد بقي مع الواهب مائتان الا ثلثي شيء تعدل شيئين فالشيء ثلاثة أثلاثها وذلك خمسة وسبعون رجع إلى الواهب ثلثها بقي مع ورثته خمسون

(فصل) فان وهب رجل رجلا جارية فقبضها الموهوب له ووطئها ومهرها ثلث قيمتها ثم مات الواهب ولا شيء له سواها وقيمتها ثلاثون ومهرها عشرة فقد صحت الهبة في شيء وسقط عنه من مهرها ثلث شيء وبقي الواهب أربعون الا شيئاً وثلثاً يعدل شيئين اجبر وقابل يخرج الشيء خمس

لان حقوق الورثة لم تتعلق به لتعينه للموصى له ولذلك يملك أخذه بغير رضاهم واذا هم فكان حقه فيه دون سائر المال فحقوقهم في سائر المال دونه فأيهما تلقى حقه لم يشارك الآخر في حقه كما لو كان التلق بعد ان اخذه الموصى له وكالورثة اذا اقتسموا ثم تلقى نصيب احدهم قال احمد فيمن خلف مائتي دينار وعيدا قيمته مائة ووصى لرجل بالعبد فسرقت الدنانير بعد الموت فالعبد للموصى له به

(مسئلة) (وان لم يأخذه زمانا قوم وقت الموت لا وقت الأخذ)

وذلك لان الاعتبار في قيمة الوصية وخروجها من الثلث وعدم خروجها بحالة الموت لانها حال لزوم الوصية فتعتبر قيمة المال فيها وهذا قول الشافعي واصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافا فينظر كم كان الموصى به وقت الموت فان كان ثلث التركة او دونه نفذت الوصية واستحققه الموصى له كله فان زادت قيمته حتى صار معادلا لسائر الاموال او اكثر منه او هلك المال كله سواء فهو للموصى له ولا شيء للورثة فيه فان كان حين الموت زائداً عن الثلث فللموصى له منه قدر ثلث المال فان كان نصف المال فللموصى له ثلثاه وان كان ثلثيه فللموصى له نصفه وان كان نصف المال وثلثه فللموصى له خمساه فان نقص بعد ذلك او زاد او نقص سائر المال او زاد فليس للموصى له سوى ما كان حين الموت فلو وصى بعبد قيمته مائة وله مائتان فزادت قيمته بعد الموت حتى صار يساوي مائتين فهو للموصى له كله وان كانت قيمته حين الموت مائتين فللموصى له ثلثاه لأنهما ثلث المال فان نقصت قيمته بعد الموت حتى صار يساوي مائة لم يزد حق الموصى له عن ثلثيه شيئاً الا ان يحجز الورثة وان كانت قيمته اربعمائة فللموصى له نصفه لا يزداد حقه عن ذلك سواء نقص العبد أو زاد

(مسئلة) (فان لم يكن له سوى المعين الا مال غائب أو دين في ذمة موسر او مسر فللموصى له ثلث الموصى به وكلما اقتضى من الدين شيء او حضر من الغائب ملك من الموصى به قدر ثلثه حتى يكمله كله)

ذلك وعشره وهو اثنا عشر وذلك خمساً الجارية فقد صحت الهبة فيه وبقي للواهب ثلاثة أخماسها وله على الموهوب له ثلاثة أخماس مهرها ستة ولو وطئها أجني فكذلك ويكون عليه مهرها ثلاثة أخماسه للواهب وخمساه للموهوب له إلا أن نفوذ الهبة فيما زاد على الثلث منهما موقوف على حصول المهر من الواطي، فإن لم يحصل منه شيء لم تزد الهبة على ثلثها وتلكا حصل منه شيء نفذت الهبة في الزيادة بقدر تلك، وإن وطئها الواهب فعليه من عقرها بقدر ما جازت الهبة فيه وهو ثلث شيء يبقى معه ثلاثون الاشيتا يعدل شيئين فالشيء تسعة وهو خمس الجارية وعشرها وسبعة أعشارها لورثة الواطي وعليهم عقر القدي جازت الهبة فيه فإن أخذ من الجارية بقدرها صار له خمسها

(فصل) وإن وهب مريض رجلاً عبداً لا يملك غيره فقتل العبد الواهب قبل الموهوب له أما أن تقديه وأما أن تسلمه فإن اختار تسليمه سلمه كله نصفه بالجنانية ونصفه لا تقاوص الهبة فيه وذلك لأن العبد كله قد صار إلى ورثة الواهب وهو مثلاً نصفه فبين أن الهبة جازت في نصفه وإن اختار فداؤه ففيه روايتان.

(أحدهما) بقديه بأقل الأمرين من قيمة نصيبه منه أو أرض جنايته (والأخرى) بقديه بقدر ذلك من أرض جنايته بالغة ما بلغت، فإن كانت قيمته دية فذلك تقول صحت الهبة في شيء وتدفع إليهم نصف العبد وقيمة نصفه وذلك يعدل شيئين فبين أن الشيء نصف العبد وإن كانت قيمته دينين واختار

وجملة ذلك أن من أوصى بمعين حاضر وسائر ماله دين أو غائب فليس للوصي أخذ المعين قبل قدوم الغائب وقبض الدين لأنه ربما تلف فلا تنفذ الوصية في المعين كله ويأخذ الوصي من المعين ثلثه وهو ظاهر كلام الحنفي ذكره في المدبر وقيل لا يدفع إليه شيء لأن الورثة شركاؤه في التركة فلا يحصل له شيء ما لم يحصل الورثة مثلاً ولم يحصل لهم شيء وهذا وجه لأصحاب الشافعي، والصحيح الأول لأن حقه في الثلث مستقر فوجب تسليمه إليه لعدم الفائدة في وقته كما لو لم يخلف غير المعين ولأنه لو تلف سائر المال لوجب تسليم ثلث المعين إلى الوصي وليس تلف المال سبباً لاستحقاق الوصية وتسليمها ولا يمتنع نفوذ الوصية في الثلث المستقر وإن لم ينتفع الورثة بشيء كما لو أبرأ معسراً من دين عليه وقال مالك بخير الورثة بين دفع المعين الموصى بها وبين جعل وصيته ثلث المال لأن الموصي كان له أن يوصي بثلث ماله فعُدل إلى المعين وليس له ذلك لأنه يؤدي إلى أن يأخذ الموصى له المعين فينفرد بالتركة على تقدير تلف الباقي قبل وصوله إلى الورثة فيقال للورثة إن رضيم بذلك والا فمؤدوا إلى ما كان له أن يوصي به وهو الثلث

ولنا أنه أوصى بما لا يزيد على الثلث لأجنبي فوقع لازماً كما لو وصى له بمشاع وما قاله لا يصح لأن جمل حقه في قدر الثلث اشاعة وإبطال لما غنيه فلا يجوز إسقاط ما غنيه الموصي للموصى له ونقل حقه إلى ما لم يوص به كما لو وصى له بمشاع لم يجوز نقله إلى معين، وكما لو كان المال كله

دفعه فان الهبة تجوز في شيء . وتدفع اليهم نصفه يبقى معهم عبد الا نصف شيء . يعدل شيئين قالشيء
خمساه وبرد اليهم ثلاثة اخماسه لان ناقص الهبة وخمسا من اجل جنائته فيصير لهم اربعة اخماسه وذلك
مثلا ما جازل الهبة فيه وان اختار فداء فداء بمحمسي الدية ويبقى لهم ثلاثة اخماسه وخمسا الدية وهي بمنزلة
خمس منه ويبقى له خمساه وان كانت قيمته نصف الدية او قل وقلنا نفدية بارش جنائته نفذت
الهبة في جميعه لان ارشها اكثر من مثلي قيمته او مثليها ، وان كانت قيمته ثلاثة اخماس الدية فاختر فداءه
بالدية فقد صحت الهبة في شيء . وبفدية بشيء . وثلاثين فصار مع الورثة عبد وثلاثشيء . يعدل شيئين قالشيء
ثلاثة ارباع فتصح الهبة في ثلاثة ارباع العبد ويرجع الى الواهب ربعة مائة وخمسون وثلاثة ارباع الدية
سبعائة وخمسون صار الجميع تسعمائة وهو مثلا ما صحت الهبة فيه ، فان ترك الواهب مائة دينار فاضممها
الى قيمة العبد فان اختار دفع العبد دفع ثلثه وربعة وذلك قدر نصف جميع المال بالجناية وباقيه لان ناقص
الهبة فيصير العبد والمائة وذلك مثلا ما جازت الهبة فيه وان اختار الفداء فقد علمت انه يفدي ثلاثة ارباعه
اذا لم يترك شيئا فزد على ذلك ثلاثة ارباع المائة يصير ذلك سبعة اثمان العبد يفديه بسبعة اثمان الدية
(فصل) مريض أعتق عبدا لا مال له سواه قيمته مائة فقطع اصبع سيده خطأ فانه يعتق نصفه
وعليه نصف قيمته ويصير لسيده نصفه ونصف قيمته وذلك مثلا ما عتق منه وأوجبنا نصف قيمته عليه

حاضراً أو غائباً . إذا ثبت هذا فان الموصى له ثلث العين الحاضرة وكلما اقتضي من دينه شيء أو حضر
من الغائب شيء فلا وصى له بقدر ثلثه من الوصى به كذلك حتى يكمل الموصى له اثنان أو يأخذ
العين كله ، فلو خلف تسعة عينا وعشرين دينارا وابناً وصى بالتسعة لرجل فلو وصى ثلثها لثلاثة وكلما اقتضي
من الدين شيء فلو وصى ثلثه فاذا اقتضى ثلثه فله من التسعة واحد حتى يقتضي ثمانية عشر فتكمل له
التسعة فان جحد الغريم أو مات أو يئس من استيفاء الدين أخذ الورثة الستة الباقية من العين ولو كان
الدين تسعة فان الابن يأخذ ثلث العين ويأخذ الوصي ثلثها ويبقى ثلثها ، وقوفاً كلما استوفي من الدين
شيء فلو وصى من العين قدر ثلثه فاذا استوفي الدين كله كل الموصى له ستة وهي ثلث الجميع ، وإن
كانت الوصية بنصف العين أخذ الوصي ثلثها ، واخذ الابن نصفها وبقي سدسها موقوفاً ، فحق اقتضي
من الدين مثليه كملت وصيته .

﴿ مسألة ﴾ (وكذلك الحكم في المدبر) في أنه يعتق في الحال ثلثه وكلما اقتضي من الدين شيء
أو حضر من الغائب شيء عتق منه بقدر ثلثه حتى يعتق جميعه ان خرج من الثلث .

(فصل) فان كان الدين مثل العين فوصى لرجل بثلثه فلا شيء له قبل استيفائه فكلما اقتضي منه
شيء فله ثلثه وللأبن ثلثاه وهذا أحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر هو أحق بما يخرج من الدين
حتى يستوفي وصيته ، وهذا قول أهل العراق لان ذلك يخرج من ثلث المال الحاضر .

لأن عليه من أرش جنايته بقدر ما عتق منه. وحسابها أن تقول عتق منه شيء. وعليه شيء. لا سيد فصار مع السيد عبد الاشيتا وشيء. يعدل شيئين فاسقط شيئاً بشيء. بقي مامعه من العبد يعدل شيئاً مثل ما عتق منه ولو كانت قيمة العبد مائتين عتق خمسه لأنه يعتق منه شيء. وعليه نصف شيء. لا سيد فصار لا سيد نصف الشيء. وبقيّة العبد يعدل شيئين فيكون بقيّة العبد يعدل شيئاً ونصفاً وهو ثلاثة أخماسه والشيء الذي عتق خمسه. وإن كانت قيمته خمسين أو أقل عتق كله لأنه يلزمه مائة وهي مثله أو أكثر وإن كانت قيمته ستين قلنا عتق منه شيء. وعليه شيء. وثلاثا شيء. لا سيد مع بقيّة العبد يعدل شيئين بقيّة العبد إذا ثلث شيء. فيعتق منه ثلاثة أرباعه، وعلى هذا القياس إلا أن ما زاد في العتق على الثلث ينهني أن يقف على أداء ما يقابله من القيمة كما إذا دبر عبداً وله دين في ذمة غريم لا فكما اقتضى من القيمة شيئاً عتق من الموقوف بقدر ثلثه

(فصل) فإن أعتق عبدین دفعة واحدة قيمة أحدهما مائة والآخر مائة وخمسون فجنى الأدنى على الارتفاع جناية قصته ثلث قيمته وأرشها كذلك في حياة سيدهما ثم مات أقرعنا بين العبدین فإن وقعت على الجانب عتق منه أربعة أخماسه وعليه أربعة أخماس أرش جنايته وبقي لورثته سيده خمسة وأرش جنايته والعبد الآخر وذلك مائة وستون وهو مثلاً ما عتق منه. وحسابها أن تقول عبداً عتق منه شيء. وعليه نصف شيء. لأن جنايته بقدر نصف قيمته بقي لا سيد نصف شيء. وبقيّة العبدین تعدل شيئين فعلمت أن بقيّة العبدین شيء. ونصف فإذا أضمت إلى ذلك الشيء. لذي عتق صاراً جميعاً يعدل

ولنا أن الورثة شركاؤه في الدين وليس لهم شرك في العين فلا يختص بما يخرج منه دونهم، كما لو كان شريكه في الدين وصياً آخر، وكما لو وصى لرجل بالعين ولا خر بالدين فالنفرد بوصية الدين لا يختص بما خرج منه دون صاحبه كذا ههنا.

(فصل) ولو وصى لرجل بثلاث ماله وله مائتان ديناً وعبد يساوي مائة ووصى لآخر بثلاث العبد اقتسم ثلث العبد لصفين وكلما اقتضى من الدين شيء. فللموصى له بثلاث المال ربه، وله وللآخر من العبد بقدر ربع ما استوفى بينهما لصفين فإذا استوفى الدين كله كمل للوصيين نصف العبد ولصاحب الثلث ربع المائتين وذلك هو ثلث المال، وإن استوفى الدين قبل القسمة قسماً بينهما كذلك للموصى له ثلث العبد ربه، لأن للوصيين أربعة أنساع المال والجائز منها ثلث المال وهو ثلاثة أنساع وذلك ثلاثة أرباع وصيتهما، فرددنا كل واحد منهما إلى ثلاثة أرباع وصيته وهي ربع المال كله لصاحب ثلثه وربع العبد لصاحب ثلثه، وفي المسئلة أقوال سوى ما قلناه تركناها لطولها، وهذا أسدها إن شاء الله لا تأتأ أدخلنا التقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية وكلنا لما التفتنا فإن أجيز لهما أخذ كل واحد منهما ما بقي من وصيته وهو ربعها فيسكل ثلث المال لصاحبه وثلث العبد للآخر

(فصل) وإن خلف ابنين وترك عشرة عينا وعشرة ديناً على أحد ابنيه وهو معسر ووصى لأجنبي بثلاث ماله فإن الوصي والابن الذي لا دين عليه يقتسمان العشرة العين نصفين ويسقط عن المدين ثلثا

شيئين ونصفا فالشيء الكامل خمسهما وذلك أربعة أخماس أحدهما ، وإن وقعت قرعة الحرية على المجني عليه عتق ثلثه وله ثلث أرض جنائته بتملق برقة الجاني وذلك نسم الدية لأن الجنابة على من ثلثه حر تضمن بقدر ما فيه من الحرية والرق والواجب له من الارش يستغرق قيمة الجاني فيستحقه بها ولا يبقى لسيد مال سواء فبعث ثلثه ويرق ثلثاه ، وإن أعتق عبد من قيمة أحدهما خمسون وقيمة الآخر ثلاثون فحسب الأذن على الرفع فتقصه حتى صارت قيمته أربعين أقرعنا بينها فان خرجت القرعة للأذن عتق منه شيء ، وعليه ثلث شيء فبعد الجبر تبين أن العبد من شيئين وثلاثين فالشيء ثلاثة أثمانها وقيمتهما سبعون فثلاثة أثمانها سبعة وعشرون وربيع^(١) وهي من الأذن نصفه وخمسه ونصف سدس عشره ، وإن وقعت على الآخر عتق ثلثه وحقه من الجنابة أكثر من قيمة الجاني فيأخذه بها أو يندبه المعتق ، وقد بقيت فروع كثيرة وفيما ذكرنا ما يستدل به على غيره إن شاء الله تعالى وكل موضع زاد العتق على ثلث العبد من أجل وجوب الارش لسيد تكون الزيادة موقوفة على أداء الارش كما ذكرنا من قبل والله أعلم

(١) صوابه ستة

وعشرون وربيع وهي من الأذن نصفه وربيعه وثلثه

﴿مسئلة﴾ قال (ومن جاوز العشر سنين فوصيته جائزة إذا وافق الحق)

هذا المنصوص عن أحمد فإنه قال في رواية صالح وحنبلي تجوز وصيته إذا بلغ عشر سنين قال

دينه ويبقى لها عليه ثلثه ، فإن كانت الوصية بالربع قسمت العشرة العين بينها أخماسا للوصي خميساها أربعة وللأبن ستة وسقط عن المدين ثلاثة أرباع دينه وبقي عليه ربه فاذا استوفى قسم بينها أخماساً كما قسمت العين لارب الوصية بالربع وهو ثمان ويبقى ستة أثمان لكل ابن ثلاثة أثمان فصار نصيب الوصي والابن الذي لا دين عليه خمسة أثمان وللأبن ثلاثة وللوصي سهان فذلك قسمنا العين وما حصل لها من الدين أخماساً وسقط عن المدين ثلاثة أرباع ما عليه لأن له ثلاثة أثمان وهي ثلاثة أرباع النصف الذي عليه :

(فصل) ونماء العين الموصى بها إن كان متصلاً تبعها وهو الموصى له ، وإن كان منفصلاً في حياة الموصي فهو له يكون ميراثاً وإن حدث بعد الموت قبل القبول فهو للورثة في ظاهر المذهب وقيل للموصي وقد ذكرناه .

﴿مسئلة﴾ (وإن وصى له بثلث عبد فاستحق ثلثاه فله الثلث الباقي وإن وصى له بثلث ثلاثة أعبد فاستحق اثنان منهم أو ما تافله ثلث الباقي)

إذا وصى له بيمين فاستحق بعضه فله ما بقي منه إن حمله الثلث فاذا وصى له بثلث عبد أو دار فاستحق الثلثان منه فالثلث الباقي للموصى له وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي لأن الباقي كله موصى به وقد خرج من الثلث فاستحقه الموصى له كما لو كان شيئاً معيناً وإن وصى له بثلث ثلاثة أعبد فلهك عبدان أو استحقا فليس له الا ثلث الباقي

أبو بكر لا يختلف المذهب أن من له عشر سنين تصح وصيته ومن له دون السبع لا تصح وصيته وما بين السبع والعشر فلي روايتين ، وقال ابن أبي موسى لا تصح وصية الغلام لدون العشر ولا الجارية قولاً واحداً وما زاد على العشر فتصح على المنصوص ، وفيه وجه آخر لا تصح حتى يبلغ ، وقال القاضي وأبو الخطاب تصح وصية الصبي إذا عقل ، وروى عن عمر رضي الله عنه أنه أجاز وصية الصبي وهو قول حمز بن عبد العزيز وشريح وعطاء والزهرى وإياس وعبد الله بن عتبة والشامي والبخاري ومالك وإسحاق ، قال إسحاق إذا بلغ اثنتي عشرة وحكما ابن المنذر عن أحمد وعن ابن عباس لا تصح وصيته حتى يبلغ وبه قال الحسن ومجاهد وأصحاب الرأي والشافعي قولان كاللذهيين . واحتجوا بأنه يزرع بالمال فلا يصح من الصبي كالملة والعتق ولأنه لا يقبل إقراره فلا تصح وصيته كالطفل

ولنا ما روي أن صبياً من غسان له عشر سنين أوصى لأخوال له فرفع ذلك إلى حمز بن الخطاب رضي الله عنه فأجاز وصيته رواه سعيد ، وروى مالك في موطنه عن عبد الله بن أبي بكر عن أبيه ' عمرو بن سليم أخبره أنه قيل لعمر بن الخطاب إن ههنا غلاماً ما ناعا لم يحلم ويرثه بالشام وهو ذو مال وليس له ههنا لائنة عم له فقال عمر فليوص لها فأوصى لها بمال يقال له بئر جشم قال عمرو بن سليم فبعت ذلك المال بثلاثين الفأوانة هي التي أوصى لها هي أم عمرو بن سالم ، قال أبو بكر وكان الغلام ابن عشرة وأثنى عشرة سنة وهذه قصة انشرت فلم تنكر ولأنه تصرف تمحض نفعاً للصبي فصح منه كالأسلام والصلاة وذلك لأن الوصية صدقة يحصل ثوابها له بعد

وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي لأنه لم يوص له من الباقي بأكثر من ثلثه وقد شرك بينه وبين ورثته في استحقاقه .

﴿مسئلة﴾ (وان وصى له ببعد لا يملك غيره قيمته مائة ولا آخر بثلث ماله وملكه غير العبد مائتان فأجاز الورثة فله وصى له بالثلث ثلث المائتين وربيع العبد وله وصى له بالعبد ثلاثة أرباعه وان ردوا فقال الخرفي له وصى له بالثلث سدس المائتين وسدس العبد وله وصى له بالعبد نصفه قال شيخنا وعندني أنه يقسم الثلث بينهما على حسب مالهما في حال الإجازة لصاحب الثلث خمسين المائتين وعشر العبد ونصف عشره ولصاحب العبد ربعه وخمسه)

وجملة ذلك أنه إذا أوصى لرجل بمعين من ماله ولا آخر بمجزء مشاع منه كثلثه فأجيز لها أن فرد صاحب المشاع بوصيته من غير المعين ثم شارك صاحب المعين فيه فيقسم بينهما على قدر حقيهما فيه ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية كسائل العول وكألو وصى لرجل بماله ولا آخر بمجزء منه فإما في حال الرد فإن كانت وصيتها لا تجاوز الثلث مثل أن يوصى لرجل بسدس ماله ولا آخر بمعين قيمته سدس المال فهي كحالة الإجازة سواء إذ لا أثر للرد وإن جاوزت الثلث رددنا وصيتهما إلى الثلث وقسمناه بينهما على قدر وصيتهما إلا أن صاحب المعين يأخذ نصيبه من المعين والآخر يأخذ حقه من جميع المال هذا قول الخرفي وسائر الأصحاب ويقوى عندي أنهما في حال الرد يقتسمان الثلث على حسب مالهما في حال الإجازة وهذا

غناه عن ملكه وماله فلا يلحقه ضرر في عاجل دنياه ولا أخرا بخلاف الهبة والعنق المنجز فانه يفوت من ماله ما يحتاج اليه واذا ردت رجعت اليه وههنا لا يرجع اليه بالرد والطفل لا عقل له ولا يصح اسلامه ولا عباداته . وقوله اذا وافق الحق يعني اذا وصى بوصية يصح ثلها من البالغ صحت منه وإلا فلا ، قال شريح وعبد الله بن عتبة وهما قاضيان من أصاب الحق أجزنا وصيته

(فصل) فأما الطفل وهو من له دون السبع والمجنون والبرص فلا وصية لهم وهذا قول أكثر أهل العلم منهم حميد بن عبد الرحمن ومالك والأوزاعي والشافعي رضي الله عنهم وأصحاب الرأي ومن تبعهم ولا نعلم أحداً خالفهم إلا إياس بن معاوية قال في الصبي والمجنون اذا وافقت وصيتهما الحق جازت وليس بصحيح فانه لا حكم لكلامها ولا تصح عبادتهما ولا شيء من تصرفاتهما فكذا الوصية بل أولى فانه اذا لم يصح اسلامه وصلاته التي هي محض نفع لا ضرر فيها لأن لا يصح بذله لئلا يتضرر به وارثه أولى ولا تصرف يقتصر إل إيجاب وقبول فلا يصح منهما كالبيع والهبة

(فصل) فأما المجور عليه لاسفه فان وصيته تصح في قياس قول أحمد قال الخبري وهو قول الأكثرين ، وقال أبو الخطاب في وصيته وجهان

ولنا أنه عاقل تصح وصيته كالصبي العاقل ولان وصيته محضت نفعاً له من غير ضرر فصحت كعبادته ، وأما الذي يبين أحيانا ويفيق أحيانا فان وصى حال جنونه لم تصح ، وإن وصى في حال

قول ابن أبي ليلى وقال أبو حنيفة ومالك في الرد يأخذ صاحب المعين نصيبه منه ويضم الآخر سهامه الي سهام الورثة ويقتسمون الباقي على خمسة في مثل مسألة الحرقي لان له السدس وللورثة أربعة أسداس وهو مثل قول الحرقي الا أن الحرقي يعطيه السدس من جميع المال وعندها أنه يأخذ خمس المائتين وعشر العبد واففقوا على أن كل واحد من الوصيين يرجع الى نصف وصيته لان كل واحد منهما قد أوصى له بثلث المال وقد رجعت الوصيتان الى الثلث وهو نصف الوصيتين فيرجع كل واحد الى نصف وصيته ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية ، وفي قول الحرقي يأخذ سدس الجميع لانه وصى له بثلث الجميع ، وأما في قول شيخنا فان وصية صاحب العبد دون وصية صاحب الثلث لانه وصى له بشيء شركه معه غيره فيه وصاحب السدس أفرد بشيء لم يشاركه فيه غيره فوجب أن يقسم بينهما الثلث حالة الرد على حسب ما لهما في حال الاجازة كما في سائر الوصايا ففي هذه المسألة لصاحب الثلث ثلث المائتين ستة وستون وثلثان لا يزاحمه الا آخر فيها ويشتركان في العبد لهذا ثلثه وللآخر جميعه فابسطه من جنس السكر وهو الثلث يصير العبد ثلاثة واضم اليها الثلث الذي للآخر يصير أربعة ثم اقسام العبد على أربعة اسهم يصير الثلث ربعا كما في مسائل العول وفي حالة الرد ترد وصيتهما الى ثلث المال وهو نصف وصيتهما فيرجع كل واحد الى نصف وصيته فيرجع صاحب الثلث الى سدس الجميع ويرحم صاحب العبد الى نصفه ، وفي قول شيخنا تضرب مخرج الثلث في مخرج الربع

عقله صححت وصيته لانه بمنزلة العتلاء في شهادته ووجوب العبادة عليه فكذلك في وصيته وتصرفاته ولا نصيح وصية السكران ، وقال أبو بكر فيه قولان يعني وجهين ولنا أنه ليس بمعاقل فلا نصيح وصيته كالمجنون ، وأما إيقاع طلاقه فأنما أوقعه من أوقعه. نفليظا عليه لارتكابه المعصية فلا يتعدى هذا إلى وصيته فانه لاخرر عليه فيها إنما الضرر على وارثه ، وأما الضعيف في عقله فان منع ذلك رشده في ماله فهو كالسفيه والافهوكالمعاقل

(فصل) ونصح وصية الآخرس اذا فهمت اشارته لانها أقيمت مقام نطقه في طلاقه ولعانه وغيرها فان لم تفهم اشارته فلا حكم لما وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وغيرهما ، فأما الناطق اذا اعتقل لسانه فعرضت عليه وصيته فأشار بها وفهمت اشارته لم نصح وصيته ذكره القاضي وابن عقيل وبه قال الثوري والاوزاعي وأبو حنيفة، وقال الشافعي وابن المنذر نصح وصيته لانه غير قادر على الكلام أشبه الآخرس واحتج ابن المنذر بأن رسول الله ﷺ صلى وهو قاعد فأشار اليهم ففعدوا . رواه البخاري وخرجه ابن عقيل وجها اذا اتصل باعتقال لسانه الموت

ولنا أنه غير مأبوس من نطقه فلم نصح وصيته بإشارته كالمقادر على الكلام والخبر لا يلزم فان النبي ﷺ كان قادراً على الكلام ولا خلاف في أن إشارة المقادر لا نصح بها وصية ولا اقرار ففارق الآخرس لانه مأبوس من نطقه

يكن اثني عشر ثم في ثلاثة تكن ستة وثلاثين فلصاحب الثلث ثلث المائتين وهو ثمانية وربع العبد وهو ثلاثة أسهم صار له أحد عشر ولصاحب العبد ثلاثة أرباعه وذلك تسعة فبعضها الى صاحب الثلث تصير عشرين سهماً ففي حال الرد يجعل الثلث عشرين سهماً والمال كله ستون فلصاحب العبد تسعة من العبد وهو ربعه وخمسه ولصاحب الثلث ثمانية من المائتين وهي خمسها وثلثه من العبد وذلك عشرة ونصف عشرة

﴿ مسألة ﴾ (وان كانت الوصية بالنصف مكان الثلث فله في حال الاجازة مائة وثلث العبد ولصاحب العبد ثلثاه .

وفي الرد لصاحب النصف خمس المائتين وخمس العبد ولصاحب العبد خمساه هذا قول أبي الخطاب وهو قياس قول الحرفي وعلى اختيار شيخنا لصاحب النصف ربع المائتين وسدس العبد ولصاحب العبد ثلثه والطريق فيها ان ينسب الثلث الى ما حصل لهما في حال الاجازة ثم يعطى كل واحد بما حصل له في الاجازة مثل نسبة الثلث اليه وعلى قول الحرفي ينسب الثلث الى وصيتهما جميعاً ثم يعطى كل واحد في الرد مثل الخارج بالنسبة ويانه في هذه المسئلة أن نسبة الثلث الى وصيتهما بالمحسين لان النصف والثلث خمسة من ستة فأنثلت خمسها فلصاحب العبد خمساً العبد لانه وصيته ولصاحب النصف الخمس لانه خمساً وصيته وعلى اختيار شيخنا قد حصل لهما في الاجازة الثلثان ونسبة الثلث اليهما بالنصف

(المفني والشرح الكبير) (٦٧) (الجزء السادس)

(فصل) وإن وصى عبد أو مكاتب أو مدبر أو أم ولد وصية ثم ماتوا على الرق فلا وصية لهم لانه لا مال لهم ، وإن اعتقهم ثم ماتوا ولم يغيروا وصيتهم صحت لان لهم قولاً صحيحاً وأهلية تامة وإنما فارقوا الحر بأنهم لا مال لهم والوصية تصح مع عدم المال كولو وصى الفقير الذي لا شيء له ثم استغنى ، وإن قال أحدهم متى مت فثاني للملان وصية فعتق ومات صحت وصيته وبه قال أبو يوسف ومحمد وأبو ثور ولا أعلم عن غيرهم خلافهم

(فصل) ونصح وصية المسلم للذي والذي للمسلم والذي للذي ، روي اجازة المسلم للذي عن شريح والشعبي والثوري والشافعي رضي الله عنه وأصحاق وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم وقال محمد بن الحنفية وعطاء وقتادة في قوله تعالى (إلا أن تفعلوا إلى أوليائكم معروفًا) هو وصية المسلم لليهودي والنصراني . وقال سعيد حدثنا شفيان عن أبيوب عن عكرمة أن صفية بنت حيي باعت حجرتها من معاوية بمائة ألف وكان لها أخ يهودي فعرضت عليه أن يسلم فيرث فأبى فأوصت له بثلاث المائة ألف ولانه تصح له الهبة فصحت الوصية له كالمسلم وانما صحت وصية المسلم للذي فوصية الذي للمسلم والذي للذي أولى ولا نصح إلا بما نصح به وصية المسلم للمسلم ولو أوصى لوارثه أو لاجنبي بأكثر من ثلثه وقف على اجازة الورثة كالمسلم سواء .

(فصل) ونصح الوصية للحرابي في دار الحرب نص عليه أحمد وهو قول مالك وأكثر أصحاب الشافعي رضي الله عنه ، وقال بعضهم لا نصح وهو قول أبي حنيفة لان الله

فلكل واحد منهما مما حصل في الاجازة نصفه وقد كان لصاحب النصف من المائتين نصفها فله ربهما وكان له من العبد ثلثه فصار له سدسه وكان لصاحب العبد ثلثاه فصار له ثلثه

(فصل) فان كانت المسألة بمجالها وملكه غير العبد ثلاثمائة ففي الاجازة لصاحب النصف مائة وخمسون وثلث العبد ولصاحب العبد ثلثاه وفي الرد لصاحب النصف تسعة اموال كله ولصاحب العبد أربعة أنساعه على الوجه الاول وعلى اختيار شيخنا لصاحب العبد ثلثه وخمس تسعة وللآخر تسعة وثلث خمسة ومن المال ثمانون وهو ربهما وسدس عشرها وإن وصى لرجل بجميع ماله ولا آخر بالعبد ففي الاجازة لصاحب العبد نصفه والباقي كله للآخر وفي الرد يقسم الثلث بينهما على خمسة لصاحب العبد خمسة وهو ربهما العبد وسدس عشره وللآخر أربعة أخماسه فله من العبد مثل ما حصل لصاحبه ومن كل مائة مثل وهو ثمانون .

(فصل) فلو خلف عبدا قيمته مائة ومائتين ووصى لرجل بمائة وبالعبد كله ووصى بالعبد لآخر ففي حال الاجازة يقسم العبد بينهما نصفين وينفرد صاحب المائة بنصف الباقي وفي الرد للموصى له بالعبد ثلثه وللآخر ثلث والمائة وعلى الوجه الآخر لصاحب العبد ربهما وللآخر ربهما ونصف المائة يرجع كل واحد منهما الى نصف نصيبه فان لم تزد الوصيتان على الثلث كرجل خلف خمسمائة وعبداً قيمته مائة ووصى بسدس ماله لرجل ولا آخر بالعبد فلا أثر للرد ههنا ويأخذ صاحب المشاع سدس

ثم قال (لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبرؤم وتسقطوا اليهم — إلى قوله — إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين) الآية فبدل ذلك على أن من قاتلنا لا يحل بره

ولنا أنه نصح هبته فصحت الوصية له كالذمي ، وقد روي أن النبي ﷺ أعطى عمر حلة من حرير فقال يا رسول الله كسوتنيها وقد قلت في حلة عطار ما قلت فقال « أني لم أعطكها لتلبسها فكساها عمر أخا مشركا له بمكة . وعن أسما بنت أبي بكر قالت أتتني أمي وهي راغبة - تعني عن الاسلام - فسألت رسول الله ﷺ فقلت يا رسول الله أتتني أمي وهي راغبة فأصلها فقال « نعم » وهذان فيها صلة أهل الحرب وبرهم ، والآية حجة لنا فيمن لم يقاتل فأما المقاتل فإنه نهي عن توليه لا عن بره والوصية له ، وإن احتج بالمفهوم فهو لا يبرأ حجة ثم قد حصل الاجماع على جواز الهبة والوصية في معناها ، فأما المرتد فقال أبو الخطاب نصح الوصية له كما نصح هبته . وقال ابن أبي موسى لا تصح لأن ماله غير مستقر ولا يرث ولا يورث فهو كاليت ولا يملك يزول عن ماله برده في قول أبي بكر وجماعة فلا يثبت له الملك بالوصية

(فصل) ولا تصح الوصية لكافر بمصحف ولا عبد مسلم لأنه لا يجوز هبتها له ولا يبرأ منه ، وإن أوصى له بعبد كافر فأسلم قبل موت الموصي بطلت الوصية ، وإن أسلم بعد الموت وقبل القبول بطلت عند من يري أن الملك لا يثبت إلا بالقبول لأنه لا يجوز أن يبتديء الملك على مسلم من قال يثبت

المال وسبع العبد وللآخر ستة أسباعه فإن وصى لصاحب المشاع بخمس المال فله مائة وسدس العبد ولصاحب العبد خمسة أسداسه ولا أثر للرد أيضا لأن الوصيتين لا تزيد على ثلث المال .

مسئلة () وإن وصى لرجل بثلث ماله ولا آخر بمائة وثلث ثبام الثلث على المائة فلم يزد الثلث على المائة وذلك إذا كان المال ثلاثمائة بطلت وصية صاحب التمام)

لأنه لم يوص له بشيء أشبه ماله أو وصى له بداره وليس له دار ويقسم الثلث في حال الرد بين الوصيين على قدر وصيتهما ، وإن زاد الثلث على المائة بأن يكون المال ستمائة فأجازوا نقذت الوصية على ما قال الموصي فيأخذ صاحب الثلث مائتين وكل واحد من الوصيين مائة ، وإن ردوا ففيه وجهان (أحدهما) يرد كل واحد منهم إلى نصف وصيته لأن الوصايا رجعت إلى نصفها فيدخل النقص على كل واحد بقدر ماله في الوصية كسائر الوصايا ، وهذا اختيار شيخنا . (والثاني) لا شيء لصاحب التمام حتى تكمل المائة لصاحبها ثم يكون الثلث بين الوصيين الآخرين نصفين فلا يحصل لصاحب التمام إذا كان المال ستمائة شيء ، اختاره القاضي لأنه لما استحق بعد تمام المائة لصاحبها ، ولم يفضل ههنا له شيء قال ويجوز أن يراحم به ولا يعطي شيئا كولد الأب مع ولد الابوين في مزاجعة الجد يراحم الجد بالأخ من الأب ولا يعطيه شيئا ، فإن كان المال تسعمائة ورد الورثة فعلى الوجه الاول لصاحب الثلث مائة وخمسون ولصاحب المائة خمسون ولصاحب التمام مائة لأن الوصية كانت بالثلثين فرجعت إلى الثلث فرددنا كل واحد منهم إلى نصف وصيته ، وعلى الوجه

المالك بالموت قبل القبول قال الوصية صحيحة لأننا نثبت أن المالك يثبت بالموت لأنه أسلم بعد أن ملكه ويحتمل أن لا يصح أيضاً لأنه يأتي بسبب لولاه لم يثبت المالك فنزع منه كابتداء المالك (فصل) ولا تصح الوصية بمعصية وفعل محرم مسلماً كان الموصي أو ذمياً فلو وصى ببناء كنيسة أو بيت نار أو عمارتها أو الاتفاق عليها كان باطلاً وبهذا قال الشافعي رضي الله عنه وأبو ثور . وقال أصحاب الرأي يصح فأجاز أبو حنيفة الوصية بأرضه تبني كنيسة وخالفه أصحابه ، وأجاز أصحاب الرأي أن يوصي بشراً خمر أو خنزير ويتصدق بها على أهل القمة وهذه وصايا باطلة وأفعال محرمة لأنها معصية فلم تصح الوصية بها كما لو وصى بعبده أو أمته للفجور ، وإن وصى لكتب التوراة والإنجيل لم تصح لأنها كتب مفسوخة وفيها تبدل والاشتمال بها غير جائز وقد غضب النبي ﷺ حين رأى مع عمر شريكاً مكنوباً من التوراة . وذكر القاضي أنه لو وصى الحضر البسم وقناديلها وما شاكل ذلك ولم يقصد إعطائها بذلك صحت الوصية لأن الوصية لأهل القمة فإن النفع يعود إليهم والوصية لهم صحيحة ، والصحيح أن هذا مما لا تصح الوصية به لأن ذلك إنما هو إعانة لهم على معصيتهم وتعظيم لكنائسهم . ونقل عن أحمد كلام يدل لصحة الوصية من الذي بخدمة الكنيسة والاول أولى وأصح ، وإن وصى ببناء بيت يسكنه المجتازون من أهل القمة وأهل الحرب صح لأن بناء مساكنهم ليس بمعصية

الثاني لصاحب المائة مائة لا ينقص منها شيء ولصاحب البهام خمسون وهذا اختيار القاضي .

(فصل) فإن ترك ستائة ووصى لاجنبي بمائة ولا آخر بهام الثلث فلكل واحد منهما مائة ، وإن رد الاول وصيته فللاخر مائة ، وإن وصى لاول ثمانين وللآخر يباقي الثلث فلا شيء للثاني ، سواء رد الاول وصيته أو أجازها ، وهذا قياس قول الشافعي وأهل البصرة ، وقال أهل العراق إن رد الاول للثاني مائتان في المثلتين .

ولنا أن المائة ليست باقي الثلث ولا تميمه فلا يكون موصى بها للثاني كما لو قتل الاول ولو وصى لوارث بثلته ولا آخر بهام الثلث ، فلا شيء للثاني ، وعلى قول أهل العراق له الثلث كاملاً .

باب الوصية بالانصباء والاجزاء

إذا وصى لرجل بمثل نصيب وارث معين فله مثل نصيبه مضموماً إلى المسئلة ومزاداً عليها ، هذا قول الجمهور ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك وابن أبي ليلى وزفر وداود : يعطى مثل نصيب المعين ، أو مثل نصيب أحدهم إن كانوا يتساوون من أصل المال غير مزيد ويقسم الباقي بين الورثة لأن نصيب الوارث قبل الوصية من أصل المال فلو أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فالوصية بجميع المال ، وإن كان له ابنان فالوصية بالنصف ، وإن كانوا ثلاثة فله الثلث ، وقال مالك أن كانوا يتفاضلون نظر إلى عدد ره وسهم فاعطي سهماً من عددهم لأنه لا يمكن اعتبار أنصبتهم لتفاضلهم فاعطى عدد ره وسهم .

﴿مسئلة﴾ قال (ومن أوصى لاهل قرية لم يعط من فيها من الكفار الا أن يذكرهم) يعني به المسلم إذا أوصى لاهل قرينه أو لقربائه بلفظ عام يدخل فيه مسلمون وكفار ففي المسلمين خاصة ولا شيء للكفار . وقال الشافعي رضي الله عنه يدخل فيه الكفار لان اللفظ يتناولهم بعمومه ، ولان الكافر لو أوصى لاهل قرينه أو قربائه دخل فيه المسلم والكافر فكذلك المسلم ولنا أن الله تعالى قال (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) فلم يدخل فيه الكفار إذا كان الميت مسلماً ، وإذا لم يدخلوا في وصية الله تعالى مع عموم اللفظ فكذلك في وصية المسلم ، ولان ظاهر حاله أنه لا يريد الكفار لما بينه وبينهم من عداوة الدين وعدم الوصلة المانع من الميراث ووجوب النفقة على فقيرهم ولذلك خرجوا من عموم اللفظ في الأولاد والاخوة والازواج وسائر الألفاظ العامة في الميراث فكذلك هنا لان الوصية أجريت بحرى الميراث ، وان صرح بهم دخولوا في الوصية لان صريح المقال لا يعارض بقريئة الحال ، وان وصى لهم وأهل القرية كلهم كفار أو وصى لقربائه وكلهم كفار دخلوا في الوصية لانه لا يمكن تخصيصهم اذ في إخراجهم رفع اللفظ بالكلية وان كان فيهم مسلم واحد والباقي كفار دخلوا في الوصية لان إخراجهم بالتخصيص هنا بعيد وفي مخالفة الظاهر من وجهين (أحدهما) مخالفة لنظر العموم (والثاني) حمل اللفظ الدال على الجمع على المفرد ، وان كان أكثر أهلها كفار انظر كلام

ولنا أنه جمل وارثه أصلاً وقاعدة حمل عليه نصيب الموصى له وجعل مثلاً له ، وهذا يفضي إلى أن لا يزداد أحدهما على صاحبه ، ومتى أعطي من أصل المال فما أعطي مثل نصيبه ولا حصلت التسوية به والعبارة تقتضي التسوية .

﴿مسئلة﴾ (فإذا وصى له بمثل نصيب ابنه ، وله أبان ، فله الثلث وإن كانوا ثلاثة فله الربع وإن كان معهم بنت فله التسعان لان المسئلة من سبعة لكل ابن سهمان ويزاد عليها مثل نصيب ابن ، سهمان ، فتصير تسعة فالانسان منها تسعاًها .

﴿مسئلة﴾ (وإن وصى بنصيب ابنه فكذلك في أحد الوجهين)

تصح الوصية وتكون كما لو وصى بمثل نصيب ابن ، وهذا قول مالك وأهل المدينة والشافعي وأهل البصرة وابن أبي ليلى وزفر وداود ، والوجه الثاني : لا تصح الوصية ، وهو الذي ذكره القاضي ، وهو قول أصحاب الشافعي وأبي حنيفة وصاحبيه ، لانه أوصى بما هو حق للابن فلم يصح كما لو قال بدار ابني ، وبما يأخذه ابني ، ووجه الاول أنه أمكن تصحيح وصيته بحمل لفظه على مجزئه فصح كما لو طلق بلفظ الكناية أو أعتق وبيان إمكان التصحيح أنه أمكن حذف المضاف وإقامة المضاف اليه مقامه ، أي بمثل نصيب ابني ولانه لو أوصى بجميع ماله صح وإن تضمن ذلك الوصية بنصيب ورثته كلهم

﴿مسئلة﴾ (وإن وصى بضعف نصيب ابنه أو ضعفه فله مثله مرتين وإن وصى بثلاثة أمثاله .

الحرقى أنه للمسلمين لأنه أمكن حمل اللفظ عليهم وصرفه إليهم والتخصيص يصح وإن كان باخراج الأكثر ويحتمل أن يدخل الكفار في الوصية لأن التخصيص في مثل هذا بعيد فإن تخصيص الصورة النادرة قريب وتخصيص الأكثر بعيد يحتاج فيه إلى دليل قوي والحكم في سائر ألفاظ العموم مثل أن يرعى لاخوته أو عمومته أو بني عمه أو لبناني أو لمساكين كالحكم في ما إذا ارصى لاهل قريته فاما أن ارصى بذلك كافر فإن وصيته تتناول اهل دينه لأن لفظه يتناولهم وقريته حاله أرادتهم فاشبهه وصية المسلم التي يدخل فيها اهل دينه وهل يدخل في وصيته المسلمون؟ نظرنّا فإن وجدت قريته دالة على دخولهم مثل أن لا يكون في القرية الا مسلمون دخوا في الوصية وكذلك ان لم يكن فيها الا كافر واحد وسائر أهلها مسلمون وإن انتفت القرائن ففي دخولهم وجهان (أحدهما) لا يدخلون كالم يدخل الكفار في وصية المسلم (الثاني) يدخلون لأن عموم اللفظ يتناولهم وهم احق بوصيته من غيرهم فلا يصرف اللفظ عن مقتضاه ومن هو احق بحكمه الى غيره وإن كان في القرية كافر من غير اهل دين الموصي لم يدخل في وصيته لأن قريته حال الموصي تخرجه ولم يوجد فيه ما وجد في المسلم من الاولوية فبقي خارجا بحاله ويحتمل أن لا يخرج بناء على توريث الكفار بعضهم من بعض على اختلاف دينهم

قال شيخنا هذا الصحيح عندي ، وقال أصحابنا ضعفاه ثلاثة أمثاله وثلاثة أضعافه أربعة أمثاله ، كما زاد ضعفاً زاد مرة واحدة)

إذا وصى بضعف نصيب ابنه فله مثلاً نصيبه ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو عبيد القاسم بن سلام الضعف المثل لقول الله تعالى (يضاعف لها العذاب ضعفين) أي مثلين ، وقوله (فأنت أكلها ضعفين) أي مثلين ، وإذا كان الضعفان مثلين فالضعف مثل .

ولنا على أن الضعف مثلان قوله تعالى (إذا لا ذنباك ضعف الحياة و ضعف الممات) وقال (فأولئك لهم جزاء الضعف بما عملوا) ، وقال (وما آتيت من زكاة تربدون وجه الله فأولئك هم المضعفون) ويرى عن عمر أنه أضعف الزكاة على نصارى بني تغلب فكان يأخذ من الثمانين عشرة ، وقال لحذيفة وعثمان بن حنيف لملكهما حملتا الارض مالا تطيق ، فقال عثمان لو أضعفت عليها لاحتضمت ، قال الازهري الضعف المثل فما فوقه ، فأما قوله ان الضعفين المثلان فقد روى ابن البارى عن هشام ابن معاوية النخعي قال العرب تنسكلم بالضعف مثني فتقول ان أعطيتني درهما فلك ضعفاه ، أي مثلاه ، وإفراذه لا بأس به إلا أن التثنية أحسن يعني أن المفرد والمثنى في هذا بمعنى واحد وكلاهما يراد به المثلان وإذا استعملوه على هذا الوجه وجب اتباعهم وإن خالفنا القياس .

(فصل) وإن وصى له بضعفيه فله مثله مرتين وإن قال ثلاثة أضعافه فله ثلاثة أمثاله ، هذا الصحيح عندي ، وهو قول أبي عبيد ، وقال أصحابنا ضعفاه ثلاثة أمثاله وثلاثة أضعافه أربعة أمثاله وعلى هذا كما زاد ضعفاً زاد مرة واحدة ، وهو قول الشافعي ، واحتجوا بقول أبي عبيدة مسعر بن المثني ضعف الشيء هو ومثله ضعفاه : هو ومثلاه وثلاثة أضعافه أربعة أمثاله ، وقال أبو ثور ضعفاه

(مسئلة) قال (ومن اوصى بكل ماله ولا عصبه له ولا مولى له بجائز وقد روي عن ابي عبد الله رحمه الله رواية اخرى لا يجوز الا الثالث)

اختلف الرواية عن احمد رحمه الله في من لم يخلف من ورائه عصبه ولا ذافر من فروي عنه ان وصيته جائزة بكل ماله ثبت هذا عن ابن مسعود وبه قال عبيدة السلماني ومسروق واسحاق واهل العراق والرواية الاخرى لا يجوز الا الثالث وبه قال مالك والاوزاعي وابن شبرمة والشافعي والعبدي لان له من يعقل عنه فلم تنفذ وصيته في أكثر من ثلثه كما لو ترك وارثا

وانما ان المنع من الزيادة على الثلث انما كان لتعلق حق الورثة بدليل قول النبي ﷺ «انك ان تدع ورثتك اغنياء خير من أن تدعهم عائلة يتكففون الناس» وهما هنا لا وارث له يتعلق حق بماله فأشبه حال الصحة ولانه لم يتعلق بماله حق وارث ولا غريم أشبه حال الصحة أو أشبه الثلث

(فصل) وان خلف ذافر من لا يرث المال كله كتبت أو لم يكن له الوصية بأكثر من الثلث لان سعدا قال ﷺ لا يرثني الا ابنتي فنفعه النبي ﷺ من الزيادة على الثلث ولانها تستحق جميع المال بالفرض فأشبهت العصبه، وان كان لها زوج أو لرجل امرأة فكذلك لان الوصية تنقسم حقه لانه إنما يستحق فرضه بعد الوصية لقوله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين فأما ذو الارحام فظاهر كلام الحنفي

أربعة أمثاله وثلاثة أضافه ستة أمثاله لانه قد ثبت ان ضعف الشيء مثله فثنيته مثالا مفردة . ولنا قول الله تعالى (فآتت أكلها ضعفين) قال عكرمة : تحمل في كل عام مرتين ، وقال عطاء أثمرت في سنة مثل ثمرة غيرها سنتين ، ولا خلاف بين المفسرين فيما علمنا في تفسير قوله تعالى : (يضاعف لها العذاب ضعفين) ان المراد به مرتين ، وقد دل عليه قوله تعالى (نؤتها أجرها مرتين ومحال أن يجعل أجرها على العمل الصالح مرتين وعذابها على الفاحشة ثلاث مرات فان الله تعالى انما يريد تضيف الحسنات على السيئات هذا المعهود من كرمه وفضله ، وأما قول أبي عبيدة فقد خالفه فيه غيره وأنكر قوله قال ابن عرفة لا أحب قول أبي عبيدة في (يضاعف لها العذاب ضعفين) لان الله تعالى قال في آية أخرى (نؤتها أجرها مرتين) فأعلم أن لها من هذا حظين ومن هذا حظين وقد نقل هشام بن معاوية النحوي عن العرب أنهم ينطقون بالضعف مثنى ومفرداً بمعنى واحد وموافقة العرب على لسانهم مع ما دل عليه كلام الله تعالى العزيز وأقوال المفسرين من التابعين وغيرهم أولى من قوله أبي عبيدة الخالف لذلك كله مع مخالفة القياس ونسبة الخطأ اليه أولى من تخطئة ما ذكرناه وأما قول أبي ثور فظاهر الفساد ، لما فيه من مخالفة الكتاب والعرب وأقوال المفسرين من التابعين وغيرهم ، واهل العربية ، فلا يجوز التمسك به مجرد القياس الخالف للثقل ، فقد شذ من العربية كلمات تؤخذ نقلاً بغير قياس .

انه لا يمنع الوصية بجميع المال لقوله ولا عصبه له ولا مولى له وذلك لان ذا الزحم ارثه كالفضة والصلة ولذلك لا يصرف اليه شيء الا عند عدم الرد والمولى لا يجب نفقته ويحتمل ان لا تنفذ وصيته باكثر من ذلك لان له وارثا فيدخل في معنى قوله عليه السلام «انك ان تترك وريثك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس» ولأنهم ورثة يستحقون ماله بعد موته وصلته لهم في حياته فاشبهوا ذوي الفروض والعصبات وتقديم غيرهم عليهم لا يمنع مساواتهم لهم في مسئلتنا كذوي الفروض الذين يحجب بعضهم بعضا والعصبات

(فصل) فان خلف ذا فرض لا يرث المال كله وقال أوصيت لفلان بمثلتي على انه لا ينقص ذا الفرض شيئاً من فرضه او خلف امرأة وقال أوصيت لك بما فضل من المال عن فرضها صح في المسئلة الاولى لان ذا الفرض يرث المال كله لولا الوصية فلا فرق في الوصية بين ان يجعلها من رأس المال او من الزائد على الفرض واما (المسئلة الثانية) فتنبني على الوصية بجميع المال فان قلنا تصح ثم صحت هاهنا لان الباقي عن فرض الزوجة مال لا وارث له فصحت الوصية به كما لو تكن زوجة وان قلنا لا تصح ثم فهاهنا مثله لان بيت المال جعل كوارث فصار كأنه ذو ورثة يستفرون المال اذا عين الوصية من نصيب العصبه منهم فعلى هذا يعطى الموصى له الثلث من رأس المال ويسقط تخصيصه

(فصل) ولو وصى بمثل نصيب من لا نصيب له كمن يوصي بمثل نصيب ابنه وهو لا يرث لرقه أو كونه مخالفاً لدينه أو بنصيب اخيه وهو محجوب عن ميراثه فلا شيء له لوصي لانه لا نصيب له فمثله لاشيء (مسئلة) (واذا وصى له بمثل نصيب احد ورثته ولم يسمه كان له مثل ما لا قلهم نصيباً)

فلو كانوا ابناً واربعة زوجات صحت من اثنين وثلاثين سهماً لكل امرأة سهم والموصى له سهم يزداد عليها فتصح من ثلاثة وثلاثين سهماً للموصي سهم ولكل امرأة سهم والباقي للابن . وجملة ذلك انه اذا وصى بمثل نصيب احد من غير مسمى فان كان الورثة يتساوون في الميراث كالبنين فله مثل نصيب احد من مزاياهم فاعطى الفريضة ويجعل كواحد منهم زاد فيهم وان كانوا يتفاضلون كهمزة المسئلة فله مثل اقلهم ميراثاً يزداد على فريضتهم هذا قول الجمهور وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك ان كانوا يتفاضلون نظر إلى عدد رءوسهم فاعطى سهماً من عددهم لانه لا يمكن اعتبار انصباهم لتفاضلهم فاعتبر عدد رءوسهم

ولنا ان اليقين ان يعطى الوصي مثل اقلهم نصيباً وما زاد مشكوك فيه فلا يثبت مع الشك وقوله يعطى سهماً من عددهم مخالف لما يقتضيه لفظ الموصي لانه ليس بنصيب أحد ورثته ولفظه إنما اقتضى نصيب أحد من تفاضلهم لا يمنع كون نصيب الأقل نصيب أحد من فيصرفه إلى الوصي عملاً بمقتضى وصيته وذلك أولى من اختراع شيء لا يقتضيه قول الموصي أصلاً وقوله تعذر العمل بقول الموصي ممنوع فقد أمكن العمل به بما قلناه ثم لو تعذر العمل به لم يجوز أن يجب في ماله حق لم يأذن فيه ولم يأمر به ولو قال أوصيت بمثل نصيب اقلهم ميراثاً كان كما لو أطلق وكان ذلك تأكيداً وان قال أوصيت بمثل

﴿مسئلة﴾ قال (ومن أوصى لعبد بثلث ماله فإن كان العبد يخرج من الثلث عتق وما فضل من الثلث بمدة عتقه فهو له ، وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث إلا أن يميز الورثة)

وجملة ذلك أنه إذا أوصى لعبد بجزء شائم من ماله كثلث أو ربع أو سدس صحت الوصية فإن خرج العبد من الوصية عتق واستحق باقيها وإن لم يخرج عتق منه بقدر الوصية وبهذا قال الحسن وابن سيرين وأبو حنيفة إلا أنهم قالوا إن لم يخرج من الثلث سوى في قيمة باقيه وقال الشافعي رضي الله عنه الوصية باطلة إلا أن يوصي بعتقه لأنه أوصى بمال يصير للورثة فلم يصح كما لو وصى له بمعين ولنا إن الجزء الشائع يتناول نفسه أو بعضها لأنه من جهة الثلث الشائع والوصية نه بنفسه تصح ويعتق وما فضل يستحقه لأنه يصير حراً فيملك الوصية فيصير كاه قال اعنفوا عبدي من ثلثي وأعطوه ما فضل منه ، وفارق ما إذا أوصى بمعين لأنه لا يتناول شيئاً منه

نصيب أكثرهم ميراثاً فله ذلك مضافاً إلى المسئلة فيكون له في هذه المسئلة ثمانية وعشرون تضم إلى المسئلة فتكون ستين سهماً .

﴿مسئلة﴾ (ولو وصى له بمثل نصيب وارث لو كان فله مثل ماله لو كانت الوصية وهو موجود فقدر الوارث موجوداً وانظر ما للموصى له مع وجوده فهو له م م عدمه)

فإن خلف ابنين ووصى بمثل نصيب ثالث لو كان فله الموصى له الربع وإن خلف ثلاثة بنين فله الخمس وإن وصى بمثل نصيب خامس لو كان فله الموصى له السدس وعلى هذا أبداً ، فلو خلفت امرأة زوجاً وأختاً وأوصت بمثل نصيب أم لو كانت فله الموصى له الخمس لأن للام الربع لو كانت فيجعل له سهم مضاف إلى أربعة يكن خمساً نقس على ذلك .

﴿مسئلة﴾ (فإن خلف أربعة بنين فأوصى بمثل نصيب خامس لو كان إلا مثل نصيب سادس لو كان فقد أوصى له بالخمس إلا السدس بعد الوصية فله سهم يزداد على ثلاثين وتصح من اثنين وستين له سهمان ولكل ابن خمسة عشر) لأنه استثنى السدس من الخمس . فطريقها أن تضرب خرج أحدها في مخرج الآخر تكن ثلاثين خمسها ستة وسدسها خمسة فإذا استثنيت الخمسة من الستة بقي سهم للموصى له فزده على الثلاثين تصير واحداً وثلاثين فأعط الموصى له سهماً يبقى ثلاثون على أربعة لا تنقسم وتوافق بالنصف فزدها إلى خمسة عشر واضربها في أربعة تكن ستين زد عليها اسمين الموصى له ولكل ابن خمسة عشر . وطريقها بالجبر أن تجعل المال أربعة وشيئاً تدفع الشيء إلى الموصى له يبقى أربعة

(المغني والشرح الكبير) (٦٨) (الجزء السادس)

(فصل) فإن وصى له بمعين من ماله كتب أو دار أو بمائة درهم فالوصية باطلة في قول الأكثرين وبه يقول الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي، وذكر ابن أبي موسى رواية أخرى عن أحمد أنها نصح وهو قول مالك وأبي ثور وقال الحسن وابن سيرين إن شاء الورثة أجازوا وإن شاءوا ردوا ولنا أن العبد يصير ملكاً للورثة فما وصى به له فهو لهم فكأنه أوصى لورثته بما يرثونه فلا فائدة فيه وفارق ما إذا أوصى له بشاع لما ذكرناه

(فصل) وإن وصى له برقبته فهو تدير يعنى أن حله الثلث وبهذا قال مالك وأصحاب الرأي وقال أبو ثور الوصية باطلة لأنه لا يملك رقبته

ولنا أنه أوصى له بمن لا يملكه على الدوام فصح كما لو وصى بأبيه ولأن معنى الوصية له برقبته عنقه لعله بأنه لا يملك رقبته فصارت الوصية به كناية عن اعتاقه بعد موته، وإن وصى له ببعض رقبته فهو تدير لذلك الجزء، وهل يعنى جميعه إذا حله الثلث؟ على روايتين ذكرهما الحرقى فيما إذا دبر بعض عبده وهو مالك لكاه، وقال أصحاب الرأي يسعى في قيمة باقيه وهذا شيء يأتي في باب العتق إن شاء الله تعالى

(فصل) وإن وصى لمكاتبه أو مكاتب وارثه أو مكاتب أجنبي صح سواء أوصى له بجزء شائع أو معين لأن ورثته لا يستحقون المكاتب ولا يملكون ماله، وإن وصى لأُم ولدته صحت الوصية لأنها

تقسمها على خمسة يخرج أربعة أخماس وتقسمها على ستة يخرج ثلثان فتسقط الثلثين من أربعة الأخماس يبقى سهمان من خمسة عشر ثم تضرب الأربعة الأسهم في الخمسة عشر لأنها خرج الثلث تكن ستين تزيد عليها السهمين فهي للموصى له ولكل ابن خمسة عشر فقد حصل له خمس الستين إلا سدسها الخمس اثنا عشر والسدس عشرة

(فصل) وإذا خلف بنتاً وحدها ووصى بمثل نصيبها فهو كما لو وصى بنصيب ابن عند من يرى الرد لأنه يأخذ المال كله بالفرض والرد، ومن لا يرى الرد يقتضي قوله أن يكون له الثلث ولها نصف الباقي وما بقي لبيت المال، وعلى قول مالك ومن وافقه لا موصى له النصف في حال الإجازة ولها نصف الباقي وما بقي لبيت المال، فإن خلف ابنتين ووصى بمثل نصيب إحداها فهي من ثلاثة عندنا ويقتضي قول من لا يرى الرد أنها من أربعة لبيت المال الربع ولكل واحد منهم الربع وعلى قول مالك الثلث للموصى له ولابنتين ثلثا ما بقي والباقي لبيت المال وتصح من تسعة. فإن خلف جدة وحدها وأوصى بمثل نصيبها فقياس قولنا أن المال بينهما نصفين وعلى قول من لا يرى الرد هي من سبعة لكل واحد منهما السبع والباقي لبيت المال وقياس قول مالك للموصى له السدس وللجدة سدس ما بقي والباقي لبيت المال.

(فصل) إذا خلف ثلاثة بنين ووصى لثلاثة بمثل انصباثهم قلالم بينهم على ستة أن أجازوا وإن

حرة حين لزوم الوصية ، وقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه وصى لأمهات أولاده بأربعة آلاف أربعة آلاف . رواه سعيد وروى ذلك عن عمران بن الحصين وبه قال ميمون بن مهران والزهري وبجي الانصاري ومالك والشافعي واسحاق ، وإن وصى لمديره صح لانه يصير حراً حين لزوم الوصية فصحت الوصية له كأم الولد ، وإن لم يخرج من الثالث هو والوصية جميعاً قدم عنقه على الوصية لانه أنفق ، وقال القاضي يعقوب بن عبد الله بن الوصية بقدر ما عتق منه ، ولنا أنه وصى لعبد وصية صحيحة فيقدم عنقه على ما يحصل له من المال كما لو وصى لعبد القن بمشاع من ماله

(فصل) وإن أوصى لعبد غيره صح وتكون الوصية والقبول في ذلك إلى العبد لأن العبد مضاف إليه فأشبهه ماله وبه شيئاً فإذا قبل ثبت لسيده لانه من كسب عبده وكسب العبد لسيده ولا نفتقر في القبول إلى إذن السيد لانه كسب فصح من غير إذن سيده كالاختطاب ، وهذا قول أهل العراق والشافعي ، ولا صحابه وجه أن القبول يفتقر إلى إذن السيد لانه تعترف من العبد فأشبهه بيبعه وشراؤه ولنا أنه تمصيل مال بغير عوض فلم يفتقر إلى إذن كقبول الهبة وتمصيل المباح ، وإن وصى لعبد وارثه فهي كالوصية لوارثه يقف على إجازة الورثة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة ، وقال مالك إن كان يسيراً جاز لأن العبد يملك وإنما لسيده أخذه من يده ، فإذا وصى له بشيء يسير علم أنه قصد بذلك العبد دون سيده

ولنا أنها وصية لعبد وارثه فأشبهت الوصية بالتشير وما ذكره من ملك العبد ممنوع ولا اعتبار به فإنه مع هذا اتصاف يستحق سيده أخذه فهو كالكثير

وردوا فن تسعة للموصى لهم الثلث ثلاثة والباقي بين البنين على ثلاثة فإن أجازوا لواحد وردوا على اثنين فلم يردوا عليهما التسعة اللذان كانا لهما في حال الرد عليهم ، وفي الجواز له وجهان أحدهما له السدس الذي كان له في حال الإجازة للجميع وهذا قول أبي يوسف وابن شريم فتأخذ السدس والتسعين من مخرجها وهي ثمانية عشر بين البنين على ثلاثة لا تصح فتضرب عددهم في ثمانية عشر تكن أربعة وخمسين للجواز له السدس تسعة لكل واحد من صاحبيه ستة ولكل ابن أحد عشر (والوجه الثاني) أن تضم الجواز له إلى البنين وتقسم الباقي بعد التسعين عليهم وهم أربعة لا تقسم فتضرب في تسعة تكن ستة وثلاثين فإن أجاز الورثة بعد ذلك الآخرين أتموا لكل واحد منهم تمام سدس المال فيصير المال بينهم اسداساً على الوجه الأول ، وعلى الوجه الآخر يضمون ما حصل لهم وهو أحد وعشرون من ستة وثلاثين إلى ما حصل لهما وهو ثمانية ثم يقتسمونه بينهم على خمسة لا تصح فتضرب خمسة في ستة وثلاثين تكن مائة وثمانين ومنها تصح ، فإن أجاز أحد البنين لهم ورد الآخر ان عليهم فلم يجز السدس وهو ثلاثة من ثمانية عشر وللذين لم يجزاً أربعة أسباعه ثمانية يبقى سبعة بين الموصى لهم على ثلاثة فضررها في ثمانية عشر تكن أربعة وخمسين فإن أجاز واحد واحد دفع إليه ثلث ما في يده من الفضل وهو ثلث سهم من ثمانية عشر فضررها في ثلاثة تكن أربعة وخمسين والله أعلم

(فصل) وإذا أوصى بعتق أمته على أن لا تتزوج ثم ماتت فقالت لا أتزوج عنقت فان تزوجت بعد ذلك لم يبطل عتقها وهذا مذهب الاوزاعي والليث وأبي ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي وذلك لان العتق اذا وقع لا يمكن رفعه ، وإن وصى لام ولده بأف على أن لا تتزوج أو على أن تثبت مع ولده ففعلت وأخذت الالف ثم تزوجت وترك ولده ففيها وجهان (أحدهما) تبطل وصيتها لانه فات الشرط ففانت الوصية ، ونارق العتق فانه لا يمكن رفعه (والثاني) لا تبطل وصيتها وهو قول أصحاب الرأي لان وصيتها صحت فلم تبطل بمخالفة ما شرط عليها كلالى

(فصل) واختلف أصحابنا في الوصية لقاتل على ثلاثة أوجه فقال ابن حامد يجوز الوصية له ، وأحنف بقول أحمد فيمن جرح رجلاً خطأ فعنا المجروح فقال أحمد يعتبر من ثلثه قال وهذه وصية لقاتل وهذا قول مالك وأبي ثور وابن المنذر وأظهر قول الشافعي رضي الله عنه لان الهبة له تصح فصحت الوصية له كالذي وقال أبو بكر لا تصح الوصية له فان أحمد قد نص على أن المدبر اذا قتل سيده بطل تدبيره والتدبير وصية وهذا قول الثوري وأصحاب الرأي لان القتل يمنع الميراث الذي هو آكد من الوصية فالوصية أولى ولان الوصية أجريت مجرى الميراث فيمنعها ما يمنع

وقال أبو الخطاب إن وصى له بعد جرحه صح وإن وصى له قبله ثم طرأ القتل على الوصية أبطلها جمعا بين نصي أحمد في الموضعين وهو قول الحسن بن صالح وهذا قول حسن لان الوصية بعد الجرح

(فصل) في الوصية بالاجزاء إذا وصى له بجزء وحظ أو نصيب أو شيء فللورثة أن يعطوه ما شاءوا لانهم فيه خلافا وهو قول الشافعي وأبي حنيفة وابن المنذر وغيرهم لان كل ما يعطونه جزء وشيء وحظ ونصيب وكذلك ان قال أعطوا فلانا من مالي أو ارزقوه لان ذلك لاحد له في الشرع ولا في اللغة فكان على اطلاقه **(مسئلة)** (وان وصى له بسهم ففيه ثلاث روايات (احداها) له السدس بمنزلة سدس المفروض وإن لم تكمل فروض المسئلة أو كانوا عصبه أعطي سدساً كاملاً وان مكثت فروضها أميلت به وان حالت أعيل معها (والثانية) له سهم مما تصح منه المسئلة مالم يزد على السدس (والثالثة) له مثل نصيب أقل الورثة ما لم يزد على السدس اختلفت الرواية بن أحمد رحمه الله فيمن أوصى بسهم من ماله فروي عنه أن للموصى له السدس روي ذلك علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه قال الحسن وإياس بن معاوية والثوري (والرواية الثانية) أنه يعطى سهما مما تصح منه الفريضة فينظر كم سهما صحت منه الفريضة فيزاد عليها مثل سهم من سهامها للموصى له وهذا قول شريح ، قال ترفع السهام فيكون للموصى له سهم قال القاضي هذا ما لم يزد على السدس فان زاد السهم على السدس فله السدس لانه متحقق ، ووجه ذلك ان قوله له سهما ينصرف إلى سهم فريضته لان وظيفته منها فينصرف السهم اليها فكان واحداً من سهامها كما لو قال فريضتي كذا وكذا سهماً منها سهم (والثالثة) له سهم من سهام أقل الورثة اختارها الحلال وصاحبه قال أحمد في رواية أبي طالب والثرم إذا أوصى له بسهم من ماله يعطى سهماً من الفريضة قيل أن نصيب رجل أو نصيب امرأة ؟ فقال أقل ما يكون من السهام قال القاضي مالم يزد على السدس وهذا قول أبي حنيفة وقال صاحباه إلا أن يزد على الثلث فيعطى الثلث ، ووجه هذا القول أن سهام الورثة الصباؤم فيكون له

صدرت من أهلها في محلها ولم يطرأ عليها ما يبطئها بخلاف ما إذا تقدمت فإن القتل طرأ عليها فأبطلها لأنه يبطل ما عوأكد منها بحقه أن القتل إنما منع الميراث لكونه بالقتل استعجل الميراث الذي انقضى سببه فعروض بتقيض قصده وهو منع الميراث دفعا لمفسدة قتل الموروثين ولذلك بطل التدبير بالقتل الطاريء عليه أيضا، وهذا المعنى متحقق في القتل الطاريء على الوصية فإنه ربما استعجلها بقتله، وفارق القتل قبل الوصية فإنه لم يقصد به استعجال مال ائتم انه قتل سببه والموصي راض بالوصية له بعد صدور ماصدر منه في حقه، ولا فرق بين العمد والخطأ في هذا كما لا يفترق الحال بذلك في الميراث وعلى هذا متى دبر عبد بعد جرحه إياه صح تدبيره

مسئلة قال (وإذا قال أحد عبدي حر أقرع بينهما فن تقع عليه القرعة فهو حر إذا خرج من الثلث) وجملة ذلك أنه إذا عتق عبداً غير معين فإنه يقرع بينهما فيخرج الحر بالقرعة وقال أبو حنيفة والشافعي رضي الله عنه له تعيين أحدهما بغير قرعة لأنه عتق مستحق في غير معين فكان التعيين إلى المعتق كالمعتق في الكفارة وكما لو قال لورثته اعتقوا عني عبداً

ولنا أنه عتق استحقه واحد من جماعة معينين فكان إخراجه بالقرعة كما لو أعتقه فلم يخرج من ثلثه إلا أحدهما ودليل الحكم في الأصل حديث عمران بن حصين، فأما العتق في الكفارة فإنه لم يستحقه أحداً إنما استحق على المكفر التكفير، وأما إذا قال اعتقوا عني عبداً فإن لم يصف إلى عبده ولا إلى جماعة سواهم فهو كالمعتق في الكفارة وإن قال اعتقوا أحد عبدي احتمل أن يقول بإخراجه بالقرعة كما ثبتنا واحتمل أن يرجع فيه إلى اختيار الورثة، وأصل الوجهين ما لو وصى لرجل بعبد من عبده هل يعطى أحدهم بالقرعة أو يرجع إلى اختيار الورثة وشيأني إنكلام عليها، والفرق بين مسألتنا وبين هذه المسألة على هذا الوجه أنه جعل الأمر إلى الورثة حيث أمرهم بالاعتاق فكانت الخيرة إليهم وفي مسألتنا لم يجعل لهم من الأمر شيئاً فلا يكون لهم خيرة

أقام الله اليقين، فإذا زاد على السدس دفع إليه السدس لأنه أقل سهم برثة ذوقرابة وقال أبو ثور يعطى سهما من أربعة وعشرين لأنها أكثر أصول الفرائض فالسهم منها أقل السهام، وقال الشافعي وابن المنذر يعطيه الورثة ماشاءوا لأن ذلك يقع عليه اسم السهم فأشبه ما لو وصى له بجزء أو حظ وقال عطاء وعكرمة لاشيء له

ولنا ما روى ابن مسعود أن رجلاً أوصى لرجل بسهم من المال فأعطاء النبي ﷺ السدس ولأن السهم في كلام العرب السدس قاله إياس بن معاوية فتصرف الوصية إليه كما لو لفظ به ولأنه قول دلي وابن مسعود ولا يخالف لها في الصحابة. إذا ثبت هذا فإن السدس الذي يستحقه الموصي له يكون بمنزلة سدس مفروض فإن كانت المسئلة كاملة الفروض أعيت به وإن كانت عائرة زاد عولها به وإن كانت فيها رد أو كانوا عصبية أعطى سدساً كاملاً قال أحمد في رواية ابن منصور وحرب إذا أوصى لرجل بسهم من ماله يعطى السدس إلا أن تعول الفريضة يعطى سهما مع العول، فكان معنى الوصية أوصيت لك بسهم من يرث السدس فإن وصى له بسهم في مسئلة فيزوج واخت كان له السبع كما لو كان معاجدة على الروايات الثلاث وكذلك لو كان في المسئلة أم وثلاث أخوات متفرقات فإن كان معهم زوج فالمسئلة من تسعة وله وصي له العشر

(فصل) ونقل صالح من أبيه فيمن له إلامان اسمه ما واحد فقال فلان حر بعد موتي وله مائتا درهم ولم يعينه يقرع بينهما فيعتق من خرجت له القرعة وليس له من المائتين شيء . روجه ذلك والله أعلم أن الوصية بالمائتين وقعت لغير معين ولا تصح الوصية لالمعين، وقال القاضي يجب أن تصح هذه الوصية لأن مستحقها حر في حال استحقاقها ونقل عن أحمد فيمن قال اعتق وارقية مني فلا يعتق عنه إلا مسلم وذلك لأن المطلق في كلام الآدمي يحمل على المطلق من كلام الله تعالى ولما أمر الله تعالى بتحرير رقبة لم يتناول إلا المسلم فكذلك الآدمي (مسألة) قال (وإذا أوصى أن يشتري عبد زيد بخمسمائة فيعتق فلم يبعه سيده فالخمسمائة للورثة وإن اشتروه بأقل فما فضل فهو للورثة)

أما إذا تمذر شراؤه ألاما امتناع سيده من بيعه أو من بيعه بالخمسمائة وأما لموته أو لعجز الثلث عن ثمنه فائتن للورثة لأن الوصية بطلت لعدم العمل بها فأشبه مالو وصى لرجل فمات قبل موت الموصي أو بعده ولم يدع وارثا ولا يلزمهم شراء عبد آخر لأن الوصية لمعين فلا تصرف إلى غيره، وأما إن اشتروه بأقل فالباقى للورثة، وقال الثوري يدفع جميع الثمن إلى سيد العبد لأنه قصد إرفاقه بالثمن ومحاباته به فأشبه مالو قال يبعوه عبدي بخمسمائة وقيمتها أكثر منها وكالو أوصى أن يبيع عنه فلان حجة بخمسمائة وقال إسحاق يحمل بقية الثمن في العتق ولو أوصى أن يبيع عنه بخمسمائة رد ما فضل في الحج

وإن كان الورثة ثلاث أخوات مفترقات فلاموصى له السدس على الروايات الثلاث وإن كانوا زوجا وأبوين وابنتين فالمسئلة من خمسة عشر وتعمل بسدس آخر إلى سبعة عشر وكذلك على قول الخلال لأن أقل سهام الورثة سدس وعلى الرواية الأخرى يكون للوصي سهم واحد يزاد على المسئلة فتصير ستة عشر، وإن كانوا زوجة وأبوين وأبناً فالقريضة من أربعة وعشرين وتعمل بالسدس الموصى به إلى ثمانية وعشرين، وعلى الرواية الثانية يزاد عليها سهم واحد للموصى له فتكون من خمسة وعشرين، وعلى الرواية الثالثة التي اختارها الخلال يزاد عليها مثل سهم الزوجة ثلاثة فتكون من سبعة وعشرين وإن كانوا خمسة بنين فلاموصى السدس كاملا وتصح من ستة على الروايات الثلاث فإن كان معهم زوجة صحت القريضة من أربعين فزيد عليها سهما للوصي على إحدى الروايات فتصير احدى وأربعين وعلى قول الخلال يزيد مثل نصيب الزوجة فتصير خمسة وأربعين وعلى الرواية الأولى يزيد عليها مثل سدسها ولا سدس لها بخمسة فتصيرها في ستة ثم يزيد عليها سدسها تكون مائتين وثمانين للوصي أربعون وللزوجة ثلاثون ولكل ابن اثنان وأربعون وترجع بالاختصار إلى مائة وأربعين. والذي يقتضيه القياس فيما إذا وصى بسهم من ماله أنه إن صح أن السهم في لسان العرب السدس أو صح الحديث المذكور فهو كالوصى له بسدس ماله والأفوه كالوصى له بحصة من ماله على ما اختاره الشافعي وابن المنذر أن الورثة يعطونه ماشاؤا . والأولى أنه إن ثبت أن السهم في كلام العرب يراد به السدس فالحكم في ذلك كما لو وصى له بالسدس سواء وإن لم يثبت ذلك أعطي مثل سهم أقل الورثة وهو اختيار الخلال وإحدى الروايات عن أحمد رحمه الله

(نصل) فلو خلف أبوين وابنتين ووصى لرجل بسدس ماله ولا آخر يسهم منه جعلت ذا السهم كاحد الأبوين وأعطيت صاحب السدس سدساً كاملاً وقسمت الباقي بين الورثة والوصي على سبعة

وانما أنه أمر بشرائه بخمسة مائة فكان ما فضل من الثمن راجعا اليه كما لو وكل في شرائه في حياته وفارق ما إذا أوصى أن يحج عنه رجل بخمسة مائة لان القصد ثم ارفاق الذي يحج بافضلة وفي مسئلتنا المقصود العتق ، ويفارق ما اذا أوصى أن يحج عنه بخمسة مائة لغير معين لان الوصية ثم الحج مطلقا تصرف جميعها فيه وهما لمعين فلا تعداه ، وقوله انه قصد ارفاق زيد بائنه ومحاباته به فقول الصحيح انه ان كانت ثم قرينة تدل على ذلك اما لكون البائنه صديقا له او ذا حاجة او من أهل الفضل الذين يقصدون بهذا أو عين هذا الثمن وهو يلم حصول العبد بدونه لثمة قيمته فانه يدفع جميع الثمن إلى زيد كما لو صرح بذلك فقال وادفعوا اليه جميعه او ان بذله بدونه ، وان انعدمت هذه القرائن فالظاهر انه انما قصد العتق وقد حصل فكان الفاضل عائدا اليه كما لو أمره بالشراء في حياته

(فصل) وان وصى أن يشتري عبد بألف فيعتق عنه فلم يخرج من ثلثه اشترى عبد بما يخرج من الثلث وبه قال الشافعي رضي الله عنه ، وقال ابو حنيفة تبطل الوصية لانه أمر بشراء عبد بألف فلا يجوز للمأور الشراء بدونه كالوكيل

ولنا انها وصية يجب تنفيذها اذا احتملها الثلث فاذا لم يحتملها وجب تنفيذها فيها حمله كالوصى يعتق عبده بحمله الثلث وفارق الوكالة فانه لو وكله في اعتاق عبد لم يملك اعتاق بعضه ولو أوصى باعتاق عبد لا تعتق منه ما يحتمله الثلث فاما ان هذا الثلث فاشترى وأعنته ، ثم ظهر على الميت دين يستغرق

فتصح من اثنين وأربعين لصاحب السدس سبعة ولصاحب السهم خمسة على الروايات الثلاث ويحتمل أن يعطى الموصى له بالسهم السبع كاملا كما لو أوصى له به من غير وصية أخرى فيكون له ستة ويبنى تسعة وعشرون على ستة لا تقسم فتضربها في اثنين وأربعين تكن مائتين واثنين وخمسين (مسئلة) (وان وصى بجزء معلوم كثلث أو ربع أخذته من مخرجه فدفعته اليه وقسمت الباقي على مسئلة الورثة الا أن يزيد على الثلث ولا يجزوا له فتفرض له الثلث وتقسم الثلثين عليها) فان لم تقسم ضربت المسئلة أو وفقها في مخرج الوصية فما بلغ منه تصح

(مسئلة) (وان وصى بجزأين أو أكثر أخذنها من مخرجها وقسمت الباقي على المسئلة فان زادت على الثلث وردوا جعلت السهام الحاصلة للأوصياء ثلث المال وقسمت الثلثين على الورثة فاذا وصى لرجل بثلث ماله ولا آخر بربعه وخلف ابنين أخذت الثلث والربع من مخرجها سبعة من اثني عشر يقي للابنين خمسة ان اجازوا وان ردا جعلت السبعة ثلث المال فتكون المسئلة من أحد وعشرين

للاوصيين الثلث سبعة ولصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة ولكل واحد من الابنين سبعة فان اجازا لاحدهما دون الآخر أو اجاز أحدهما لما دون الآخر أو اجاز كل واحد من الابنين لواحد فاضرب وفق مسئلة الاجازة وهي ثمانية في مسئلة الرد تكن مائة وثمانية وستين الذي أجز له سهمه من مسئلة الاجازة مضروب في وفق مسئلة الرد وللمردود عليه سهمه من مسئلة الرد مضروب في وفق مسئلة الاجازة والباقي للورثة والذي أجاز لما سهم من مسألة الاجازة في

المال فالوصية باطلة وبرد العبد إلى الرق إن كان اشتراء بعين المال لأننا تبيننا أن الشراء باطل بكونه اشتري بمال مستحق للغرماء بغير إذنهم ، وإن كان الشراء في الذمة صح الشراء ونفذ العتق وعلى المشتري غرامة ثمنه ولا يرجع به على أحد لأن البائع ما غره إنما غره الموصي ، ولا ترك له فيرجع عليها وهذا مذهب الشافعي ويحتمل أن يشارك الغرماء في التركة ويضرب معهم بقدر دينه لأن الدين لزمه بتقرير الموصي فيرجع به عليه فإذا كان ميتا لزمه في تركته كأرض جنايته

(فصل) وإن وصى بشراء عبد وأطلق أو وصى ببيع عبده وأطلق فالوصية باطلة لأن الوصية لا بد لها من مستحق ولا مستحق ههنا وإن وصى ببيعه بشرط العتق صح الوصية ببيع كذلك لأن في البيع ههنا نفعا لعبد بالعتق ، وإن لم يوجد من يشتريه كذلك بطلت الوصية لعدمها كما وصى بشراء عبد ليعتق فلم يبيعه سيده ، وإن وصى ببيعه لرجل بعينه بثمن معلوم ببيع به لأنه قد قصد إرفاقه بذلك في الغالب وإن لم يسم ثمنًا ببيع بقيمته ونصح الوصية لكونه قصد إيصال العبد بعينه إلى رجل بعينه فيحتمل أن يتعلق الفرض بإرفاق العبد بإيصاله إلى من هو معروف بحسن الملكة واعتاق الرقاب ، ويحتمل أن يريد إرفاق المشتري لعنى يحصل له من العبد ، فإن تعذر بيعه لذلك الرجل أو أبي أن يشتريه بالثمن أو بقيمته إن لم يعين الثمن بطلت الوصية لما ذكرنا

وفق مسألة الرد ولا آخر سهم من مسألة الرد في وفق مسألة الاجازة والباقي بين الوصيين على سبعة وبيان ذلك أن مسألة الاجازة من اثني عشر لأنها تخرج الثلث والرابع لصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة يبقى خمسة للابنين لا تصح عليهما تضرب اثنين في أصله تكن أربعة وعشرين للموصي لها سبعة في اثنين أربعة عشر لصاحب الثلث ثمانية ولصاحب الربع ستة يبقى عشرة للابنين لكل واحد خمسة ، ومسألة الرد من أحد وعشرين لأن ثلثا سبعة للموصي لها ويبقى أربعة عشر للابنين بينهما نصفين ، فإن أجازا لأحدهما دون الآخر أو أجاز أحدا للابنين لهما دون الآخر أو أجاز كل واحد لواحد فوافق بين مسألة الاجازة ومسألة الرد وهما متفقان بالاثلاث فاضرب ثلث أحدهما في جميع الأخرى تكن مائة وثمانية وستين كذا ذكر ، فإن كانت الاجازة لصاحب الثلث وحده فسمه من مسألة الاجازة ثمانية مضروب في وفق مسألة الرد وهي سبعة ستة وخمسون لصاحب الربع نصيبه من مسألة الرد ثلاثة في وفق مسألة الاجازة ثمانية تكن أربعة وعشرين صار المجموع للوصيين ثمانين سهواً والباقي بين الابنين وهو ثمانية وثمانون لكل ابن أربعة وأربعون سهواً ، وإن أجازا لصاحب الربع وحده أخذت سهمه من مسألة الاجازة ستة ، ن أربعة وعشرين فتضربها في وفق مسألة الرد وهو سبعة تكن اثنين وأربعين تدفعها إليه وصاحب الثلث سهمه من مسألة الرد أربعة فتضربها في وفق مسألة الاجازة وهو ثمانية تكن اثنين وثلاثين فصار المجموع أربعة وسبعين يبقى أربعة وتسعون للابنين ، فإن أجازا أحد الابنين لهما ورد الآخر فللذي أجاز سهمه من مسألة الاجازة خمسة مضروب في وفق مسألة الرد سبعة تكن خمسة وثلاثين والذي رد سهمه من مسألة الرد سبعة مضروب في وفق مسألة الاجازة وهو ثمانية ستة وخمسون تضاف إلى خمسة وثلاثين تكن إحدى وتسعين يبقى للوصيين سبعة وسبعون

(مسألة) قال (وإذا أوصى لرجل بمبد لا يملك غيره وقيمته مائة ولا آخر بثلث ماله وملكه غير العبد مائتا درهم فأجاز الورثة ذلك فلن أوصى له بالثلث ثلث المائتين وربيع العبد ولمن أوصى له بالعبد ثلاثة أرباعه، وإن لم يجز الورثة ذلك فلن أوصى له بالثلث سدس المائتين وسدس العبد لأن وصيته في الجميع ولمن أوصى له بالعبد نصفه لأن وصيته في العبد)

وجعلته أنه إذا أوصى لرجل بمعين من ماله ولا آخر بجزء مشاع منه كثلث المال وربعه فأجيز لهما انفرد صاحب المشاع بوصيته من غير المعين ثم شارك صاحب المعين فيه فيقتسمانه بينهما على قدر حقيهما فيه ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية كسائل العول وكما لو أوصى لرجل بماله ولا آخر بجزء منه فأما في حال الرد فإن كانت وصيتهما لا تتجاوز الثلث مثل أن يوصى لرجل بسدس ماله ولا آخر بمعين قيمته سدس المال فهي كحال الإجازة سواء إذا لم ترد أو جازرت ثلثه رددنا وصيتهما إلى الثلث وقسمناه بينهما على قدر وصيتهما إلا أن صاحب المعين يأخذ نصيبه من المعين والآخر يأخذ حقه من جميع المال، هذا هو قول الحنفي وسائر الأصحاب ويقرى عندي أنهم في حال الرد يقتسمان الثلث على حسب مالهما في الإجازة وهذا قول ابن أبي ليلى . وقال أبو حنيفة ومالك في الرد

بينهما على سبعة لصاحب الثلث أربعة وأربعون ولصاحب الربع ثلاثة وثلاثون فإن أجاز كل واحد منهما لواحد فإن صاحب الثلث إذا أجاز له الابنان كان له ستة وخمسون وإذا رد عليه كان له اثنان وثلاثون فقد نقصه ردهما أربعة وعشرين فينقصه رد أحدهما نصف ذلك اثني عشر يبقى له أربعة وأربعون وصاحب الربع إذا أجاز له كان له اثنان وأربعون وإن ردا عليه كان له أربعة وعشرون فقد نقصه ردهما ثمانية عشر فينقصه رد أحدهما نصفها يبقى له ثلاثة وثلاثون وأما الابنان فالذي أجاز لصاحب الثلث إذا أجاز لهما كان له خمسة وثلاثون وإذا رد عليهما كان له ستة وخمسون فنقصه الإجازة لهما أحدا وعشرين لصاحب الثلث منها اثنا عشر يبقى له أربعة وأربعون والذي أجاز لصاحب الربع إذا أجاز لهما كان له خمسة وثلاثون وإذا رد عليهما كان له ستة وخمسون فقد نقصته الإجازة أحدا وعشرين منها تسعة لصاحب الربع بقي له سبعة وأربعون وللوصيين سبعة وسبعون لصاحب الثلث أربعة وأربعون ولصاحب الربع ثلثة وثلاثون فصار المجموع لهما وللابنين مائة وثمانية وستين

(فصل) إذا وصى لرجل بنصف ماله ولا آخر بربعة فأجاز الورثة فلصاحب النصف نصف المال والربع للآخر وإن ردوا قسمت الثلث بين الوصيين على قدر سهامهما لصاحب النصف ثلثاه وللآخر ثلثه وقسمت الثلثين على الورثة هذا قول الجمهور منهم الحسن والنخعي ومالك وابن أبي ليلى والثوري (المغني والشرح الكبير) (٦٩) (الجزء السادس)

يأخذ صاحب المعين نصيبه منه ويضم الآخر سهامه الى سهام الورثة ويقسمون الباقي على خمسة في مثل مسألة الخرقى لان له السدس والورثة أربعة أسداس وهو مثل قول الخرقى الا أن الخرقى يعطيه السدس من جميع المال وعندهما انه يأخذ خمس المائتين وعشر العبد واتفقوا على أن كل واحد من الوصيين يرجع الى نصف وصيته لان كل واحد منهما قد أوصى له ثلث المال وقد رجعت الوصيتان الى الثلث وهو نصف الوصيتين فيرجع كل واحد الى نصف وصيته ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ما له في الوصية . وفي قول الخرقى رحمة الله عليه يأخذ كل واحد منهما نصف وصيته من المحل الذي وصى له منه وصاحب الثلث يأخذ سدس الجميع لانه وصى له بثلث الجميع ، وأما على قولنا فان وصية صاحب العبد دون وصية صاحب الثلث لانه وصى له بشئ . شرك معه غيره فيه كله وصاحب الثلث افرد به شيء . لم يشاركه فيه غيره فوجب أن يقسم بينهما الثلث حالة الرد على حسب ما لهما في حال الاجازة كما في سائر الوصايا فني مسئلتنا هذه لصاحب الثلث ثلث المائتين ستة وستون وثلثان لايزاحه الآخر فيها وبشتركان في العبد لهذا ثلثه والآخر جمعيه فابسطه من جنس الكسر وهو الثلث يصير العبد ثلاثة وواضع اليها الثلث الذي للآخر يصير أربعة ثم اقسم العبد على أربعة اسهم يصير الثلث ربعا كما في مسائل العول وفي حال الرد ترد وصيتهما الى ثلث المال وهو نصف وصيتهما فيرجع كل واحد الى نصف وصيته فيرجع صاحب الثلث الى سدس الجميع ويرجع صاحب العبد الى نصفه

والشافعي واسحاق وابو يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة وابو ثور وابن المنذر لا يضرب الموصى له بزيادة على الثلث في حال الرد باكثر من الثلث لان ما زاد على الثلث باطل فكيف يضرب به ؟

ولنا انه فاضل بينهما في الوصية فوجب المفاضلة بينهما في حال الرد كما لو وصى بالثلث والرابع او بمائة ومائتين وماله أربع مائة وبهذا يبطل ما ذكره ولانها وصية صحيحة ضاق عنها الثلث فقسم بينهم على قدر الوصايا كالثلث والرابع ودعوى بطلان الوصية فيما زاد على الثلث ممنوع وقد ذكرنا ما يدل على صحتها فيما مضى فعلى قولنا في هذه المسئلة فالموصى لهما ثلاثة ارباع ان اجاز الورثة ويبقى للورثة الربع، وان ردوا فالثلث بين الوصيين على ثلاثة والمسئلة كلها من تسعة وان اجازوا لاحدهما دون صاحبه ضربت مسئلة الرد في مسئلة الاجازة واعطيت الحجاز له سهمه من مسئلة الاجازة في مسئلة الرد والمردود عليه سهمه من مسئلة الرد مضروبا في مسئلة الاجازة فان اجاز بعض الورثة لهما ورد الباقي عليهما اعطيت للمجيز سهمه من مسئلة الاجازة في مسئلة الرد ومن لم يجز سهمه من مسئلة الرد في مسئلة الاجازة وقسمت الباقي بين الوصيين على ثلاثة فان اتفقت المسئلتان ضربت وفق احدهما في الاخرى ومن له سهم من احدى المسئلتين مضروب في وفق الاخرى، وان دخلت احدى المسئلتين في الاخرى اجتزأت بأكثرهما فنقول في هذه المسئلة اذا كان اماً وثلاث اخوات متفرقات فأجازوا فالمسئلة من أربعة الوصيين ثلاثة ويبقى سهم على ستة تضربها في أربعة تكن أربعة

وفي قولنا يضرب مخرج الثلث في مخرج الربع يكن اثنا عشر ثم في ثلاثة تكن ستة وثلاثين فلصاحب الثلث ثلث المائتين وهو ثمانية من أربعين وربع العبد وهو ثلاثة أسهم صار له أحد عشر ولصاحب العبد ثلاثة أرباعه وذلك تسعة أسهم فيضهها إلى سهام صاحب الثلث صار الجميع عشرين سهماً في حال الرد فحمل الثلث عشرين سهماً والمال كله متون فلصاحب العبد تسعة من العبد وهو ربعة وخمسة ولصاحب الثلث ثمانية من الأربعين وهي خمسة وثلاثة من العبد وذلك عشرة ونصف عشره وإن كانت وصية صاحب المشاع بالنصف فله في حال الاجازة مائة وثلث العبد ولصاحب العبد ثلثه وفي الرد لصاحب المشاع خمس المائتين وخمس العبد ولصاحب العبد خمسا، وعلى الوجه الآخر لصاحب المشاع ربع المائتين وسدس العبد ولصاحب العبد ثلثه وطريقها أن تنسب الثلث إلى ما حصل لهما في الاجازة ثم تعطي كل واحد مما حصل له في الاجازة مثل تلك النسبة وعلى الوجه الاول تنسب الثلث إلى وصيتهما ثم تعطي كل واحد في الرد مثل الخارج بالنسبة، ويبيانه في هذه المسئلة أن نسبة الثلث إلى وصيتهما بالحسين لأن النصف والثلث خمسة من ستة فالثلث خساها فلصاحب العبد خمسا العبد لأنه وصيته، ولصاحب النصف الخمس لأنه خمسا وصيته، وعلى الوجه الآخر قد حصل لهما في الاجازة الثمان ونسبة الثلث إليهما بالنصف فلكل واحد منهما مما حصل له في الاجازة نصفه وقد كان لصاحب المشاع من المائتين نصفها فله ربعها وكان له من العبد ثلثه فصار له سدسه وكان لصاحب العبد ثلثه فصار له

وعشرين وإن ردوا فللوصيين الثلث ثلاثة من تسعة يبقى ستة على المسألة وهي ستة فتصح من تسعة، وإن أجازوا لصاحب النصف وحده ضربت وفق التسعة في أربعة وعشرين تكن اثنين وسبعين لصاحب النصف اثنا عشر في ثلاثة ستة وثلاثون وللآخر سهم في ثمانية يبقى ثمانية وعشرون للورثة وإن أجازت الأم لهما ورد الباقي عليهما أعطيت الأم سهماً في ثلاثة وللباقي خمسة أسهم في ثمانية فالجميع ثلاثة وأربعون يبقى تسعة وعشرون بين الوصيين على ثلاثة وإن أجازت الاخت من الابوين وحدها فلها تسعة ولباقي الورثة أربعة وعشرون يبقى تسعة وثلاثون لهما على ثلاثة لصاحب النصف ستة وعشرون ولصاحب الربع ثلاثة عشر.

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (فإن زادت الوصايا على المال عملت فيها عملاً في مسائل العول فتجعل وصاياهم كالفروض التي فرض الله تعالى للورثة)

إذا زادت على المال وإن ردوا قسمت الثلث بينهم على تلك السهام فإذا وصى بنصف وثلث وربع وسدس أخذتها من مخرجها اثني عشر وعالت إلى خمسة عشر وقسمت المال بينهم كذلك إن أجاز لهم وثلث إن رد عليهم فتصح في حال الاجازة من خمسة عشر وفي الرد من خمسة وأربعين هذا قول النخعي ومالك والشافعي، قال سعيد بن منصور ثناء أبو معاوية ثناء أبو عاصم الثقي قال : قال لي إبراهيم النخعي ما تقول في رجل أوصى بنصف ماله وثلث ماله وربع ماله قلت لا يجوز قال فاهم قد أجازوا قلت لأدري؟ قال امسك

ثلاثة وإن كانت المستقة بحالها وملسكه غير العبد ثلاثمائة ففي الاجازة لصاحب المشاع مائة وخمسون وثلاث العبد ولصاحب العبد ثلثه ، وفي الرد لصاحب المشاع تسعا المالح كله ولصاحب العبد أربعة أتساعه على الوجه الاول وعلى الوجه الثاني لصاحب العبد أربعة^(١) وسدسه والآخر ثمنه ونصف سدسه ومن المال ثمانون وهي ربعها وسدس عشرها . وان وصى لرجل بجميع ماله ولا آخر بالعبد ففي الاجازة لصاحب العبد نصفه والباقي كله الآخر وفي الرد يقسم الثلث بينهما على خمسة لصاحب العبد خمسة وهو ربع العبد وسدس عشره وللآخر أربعة أخماسه فله من العبد مثل ما حصل لصاحبه ومن كل مائة مثل ذلك وهو ثمانون ديناراً ولو خلف عبداً قيمته مائة ومائتين ووصى لرجل بمائة وبالعبد كله ووصى بالعبد لا آخر ففي حال الاجازة يقسم العبد بينهما نصفين وينفرد صاحب الثلث بثلث^(٢) الباقي وفي الرد للوصى له بالعبد ثلثه وللآخر ثلثه ، وعلى الوجه الآخر لصاحب العبد ربعه وللآخر ربعه ونصف المائة يرجع كل واحد منهما إلى نصف وصيته فان لم تزد الوصيتان على الثلث كرجل خلف خمسمائة وعبداً قيمته مائة ووصى لرجل بسدس ماله ولا آخر بالعبد فلا أثر للرد ههنا ، ويأخذ صاحب المشاع سدس المالح وسبع العبد والآخر ستة اسباعه . وان وصى لصاحب المشاع بخمس المالح فله مائة وسدس العبد ولصاحب العبد خمسة أسداسه ولا أثر للرد أيضاً لان الوصيتين لم يخرج بهما من المالح أكثر من ثلثه

(١) صوابه ثلثه

وخمس تسعة وللآخر تسعة وثلث خمسة

(٢) صوابه بنصف

الباقي

اثنى عشر فاخرج نصفها ستة وثلثها أربعة وربعها ثلاثة فاقسم المالح على ثلاثة عشر لصاحب النصف ستة ولصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة وكان أبو حنيفة يقول يأخذ أكثرهم وصية ما يفضل به على من دونه ثم يقسمون الباقي ان اجازوا وفي الرد لا يضرب لاحد بأكثر بالثلث وان نقص بعضهم عن الثلث اخذ اكثر ما يفضل به على من دونه ومثال ذلك رجل اوصى بثلثي ماله ونصفه وثلثه فالمالح بينهم على تسعة في الاجازة والثلث بينهم كذلك في الرد كسئلة فيها زوج واختان لآب واختان لام وقال أبو حنيفة صاحب الثلثين يفضلها بسدس فيأخذه وهو وصاحب النصف يفضلان صاحب الثلث بسدس فيأخذانه بينهما نصفين ويقسمون الباقي بينهم أثلاثاً وتصح من ستة وثلاثين لصاحب الثلثين سبعة عشر ولصاحب النصف أحد عشر ولصاحب الثلث ثمانية وان ردوا قسم بينهم على ثلاثة ولو أوصى لرجل بجميع ماله ولا آخر بثلثه فالمالح بينهما على أربعة ان اجازوا والثلث بينهما كذلك في حال الرد وعند أبي حنيفة ان اجازوا فلصاحب المالح الثلثان ينفرد بهما ويقاسم صاحب الثلث فيحصل له خمسة أسداس ولصاحب الثلث السدس وان ردوا اقتسما الثلث نصفين فلا يحصل لصاحب الثلث الا السدس في حال الاجازة والرد جميعاً ولو جعل مكان الثلث سدساً لكان لصاحب المالح خمسة أسداسه في الاجازة ويقاسم صاحب السدس فيأخذ نصفه ويبقى لصاحب السدس سهم من اثني عشر وفي الرد يقتسمان الثلث بينهما أثلاثاً فيحصل لصاحب السدس التسع سهم من تسعة وذلك أكثر مما حصل له

(مسئلة) قال (ومن أوصى لقربته فهو للذكر والاثني بالسوية ولا يجاوز بها أربعة آباء لان النبي ﷺ لم يجاوز بني هاشم بهم ذي القربى) وجعلته ان الرجل إذا أوصى لقربته أو لقربته فلان كانت الوصية لأولاده وأولاد أبيه وأولاد جده وأولاد جد أبيه ويستوي فيه الذكر والاثني ولا يعطى من هو أبعد منهم شيئاً، فلو وصى لقربته النبي ﷺ أعطى أولاده وأولاد عبد المطلب وأولاد هاشم ولم يعط بني عبد شمس ولا بني نوفل شيئاً لان الله تعالى لما قال (ما آفاه الله على رسوله من أهل القرى ذلله والرسول ولذي القربى) يعني قرباء النبي ﷺ أعطى النبي ﷺ هؤلاء الذين ذكرناهم ولم يعط من هو أبعد منهم كبنى عبد شمس ونوفل شيئاً إلا أنه أعطى بني المطلب وعلل عطيتهم بأنهم لم ينفارقوا بني هاشم في جاهلية ولا إسلام ولم يعط قرابة أمه وهم بنو زهرة شيئاً ولم يعط منهم إلا مسهل الخيل مطاق كلام الموصي على ما حمل عليه المطاق من كلام الله تعالى وفسر بما فسر به، ويسوي بين قريتهم وبعدم وذكرهم وأثامهم لان الوصية لهم سواء ويدخل في الوصية الكبير والصغير والغني والفقير ولا يدخل الكفار لأنهم لم يدخلوا في المستحق من قربى النبي ﷺ . وقد نقل عبد الله وصالح عن أبيهما رواية أخرى أنه يصرف إلى قرابة أمه ان كان يصلهم في حياته كأخواله وخالاته وأخوته من أمه، وان كان لا يصلهم لم يعطوا شيئاً لان عطيتهم لم في حياته قربنة دالة على

في حال الاجازة وهذا دليل على فساد هذا القول لزيادة سهم الموصى له في الرد على حال الاجازة ومتى كان للوصي حق في حال الرد لا يذني أن يتمكن الوارث من تغييره ولا تقيصه ولا اخذه منه ولا صرفه الى غيره مع ان ما ذهب اليه الجمهور نظيره مسائل العول في الفرائض والديون وما ذكره لا نظير له مع ان فرض الله تعالى للوارث أكد من فرض الموصي ووصيته ثم ان صاحب الفضل المفروض لا ينفر ديفضله فكذا في الوصايا

(مسئلة) (وان وصى لرجل بجميع ماله ولا آخر بنصفه وخلف ابنين قلال بينهما على ثلاثة أن أحيز لهما والثالث على ثلاثة ان رد عليهما)

إنما كان كذلك لانك إذا بسطت المال من جنس الكسر كان نصفين فإذا ضمت اليهما النصف الآخر صارت ثلاثة فيقسم المال على ثلاثة ويصير النصف ثلثاً كسئلة فيها زوج وأم وثلاث أخوات متفرقات وان ردوا فالثلث بينهما على ثلاثة

(مسئلة) (فان أجازوا لصاحب النصف وحده فلصاحب المال التسمان ولصاحب النصف

النصف في أحد الوجهين)

لانه موصى له به وإنما أخذه في حال الاجازة لهما مزاحمة صاحبه فإذا زالت مزاحته أخذ جميع وصيته (والثاني) ليس له إلا الثلث الذي كان له في حال الاجازة لهما لان ما زاد على ذلك إنما كان حقاً لصاحب المال أخذه الورثة منه بالرد فيأخذه الابن، وان أجازا لصاحب السكك وحده فله ثمانية أنساع

صلته لم بعد مماته والا فلا ، وعنه رواية أخرى أنها مجاوزها أربعة آباء ، ذكرها ابن أبي موسى في الإرشاد ، وهذه الرواية تدل على أن لفظه لا يتعبد بالتقيد الذي ذكرناه فعلى هذا يعطى كل من يعرف بقرابته من قبل أبيه وأمه الذين ينسبون إلى الأب الأدنى الذي ينسب إليه وهذا مذهب الشافعي لأنهم قرابة فيتناولهم الاسم ويدخلون في عمومته ، وإعطاء النبي ﷺ لبعض قرابته تخصيص لا يمنع من العموم في غير ذلك الموضع وقد قال أبو حنيفة : قرابته كل ذي رحم محرم فيعطى من أديانهم اثنان فصاعداً فإذا كان له عمان وخالان فالوصية لعبه وإن كان له عم وخالان فلعنه النصف وللخالين النصف ، وقال قتادة : للأعمام اثنان وللأخوال الثلث وبه قال الحسن قال ويزاد الأقرب بعض الزيادة ، وقال مالك يقسم على الأقرب فالأقرب بالاجتهاد ، ولنا أن هذا الاسم له عرف في الشرع وهو ما ذكرناه فيجب حمله عليه وتقديمه على العرف القوي كالوضوء والصلاة والصوم والحج ولا وجه لتخصيصه بذوي الرحم المحرم ، فإن اسم القرابة يقسم على غيرهم عرفاً وشرعاً ، وقد تحرم على الرجل ربيته وأمهات نسائه وحلاتل آبائه وأبنائه ولا قرابة لهم وتعمل له ابنة عمه وعمته وابنة خاله وخاتمه وهن من أقاربه وما ذكره من التفصيل لا يقتضيه اللفظ ولا يدل عليه دليل فالمصير إليه تحكم فأما أن كان في لفظه ما يدل على إرادة قرابة أمه كقوله وتفضل قرابتي من جهة أبي على قرابتي من جهة أمي أو قوله الابن خالي فلاناً ونحو ذلك أو قرينة يخرج بعضهم عمل بما دلت عليه القرينة لأنها تصرف اللفظ عن ظاهره إلى غيره

على الوجه الأول والتسم للآخر وعلى الوجه الثاني ليس إلا اثنان للذان كانا له في حال الإجازة لهما ويبقى التسعان للورثة

(مسئلة) (فإن أجاز أحداً لابنين لهما دون الآخر فسمه بينهما على ثلاثة ولا شيء للعجيز وللأبن الآخر الثلث والثلثان بين الوصيين على ثلاثة فإن أجاز أحدهما لصاحب المال وحده فلآخر التسع وللأبن الآخر الثلث والباقي لصاحب المال في أحد الوجهين)

وفي الآخر له أربعة أتباع والتسع الباقي للعجيز وإن أجاز لصاحب النصف وحده دفع إليه نصف ما ينم به النصف وهو تسع ونصف سدس في أحد الوجهين وهو ثلث ما في يده ودرهمه وفي الآخر يدفع التسع وهو ثلث ما في يده فيصير له تسعان ولصاحب المال تسعان والعجيز تسعان والثلث الذي لم يجزء، ونصح من تسعة وعلى الوجه الأول نصح من ستة وثلاثين الذي لم يجزء اثنا عشر والعجيز خمسة ولصاحب النصف أحد عشر ولصاحب المال ثمانية وذلك لأن مسألة الرد من تسعة ولصاحب النصف منها سهم فلو أجاز له الابنان كان له تمام النصف ثلاثة ونصف فإذا أجاز له أحدهما لزمه نصف ذلك وهو سهم ونصف وربع فتضرب مخرج الربع في تسعة تكن ستة وثلاثين

(فصل) في الجمع بين الوصية بالانصباء والاجزاء ، إذا خلف ابنتين ووصى لرجل بنات ماله ولا آخر بمثل نصيب ابن ففيها وجهان (أحدهما) لصاحب النصب ثلث المال في حال الإجازة كما لو لم يكن معه

(فصل) فان وصى لأقرب أقاربه أو أقرب الناس اليه أو أقربهم به رحا لم يدفع الى الأبعد مع وجود الأقرب فيقدم الأب على كل من أدلى به من الاجداد والاخوة والاعمام والابن تقدم عليهم وعلى كل من أدلى به ويستوى الأب والابن لان كل واحد منهما يدلي بنفسه من غير واسطة ويحتمل أن يقدم الابن لانه يسقط نصيب الأب والاول أولى لان اسقاط نصيبه لا ينعم مساواته في القرب ولا كونه أقرب منه بدليل أن ابن الابن يسقط نصيبه مع بعده ويقدم الابن على الجد والأب على ابن الابن ، وقال أصحاب الشافعي رضي الله عنه يقدم ابن الابن على الأب في أحد الوجهين لانه يسقط نصيبه ولنا أن الأب يدلي بنفسه وبلي ابنه من غير حاجز ولا يسقط ميراثه بحال بخلاف ابن الابن . والأب والام سواء وكذلك الابن والبنات والجد أبو الأب وأبو الام وأم الأب وأم الام كلهم سواء ثم من بعد الاولاد اولاد البنين وإن سفلوا الأقرب فالأقرب الذكور والاناث وفي اولاد البنات وجهان بناء على دخولهم في الوقف ثم من بعد الولد الاجداد الأقرب منهم فالأقرب لانهم العمود الثاني ثم الاخوة والاخوات لانهم ولد الأب أو من ولد الام ثم ولدهم وإن سفلوا ولا شيء لولد الاخوات اذا قلنا لا يدخل ولد البنات واذا تساوت درجاتهم فأولام ولد الابن ويسوى بين ولد الأب وولد الام لانهما على درجة واحدة وكذلك ولدهما والاخ للأب أولى من ابن الاخ من الابوين كافي الميراث ثم بعدهم الاعمام ثم بنوم وإن سفلوا ويستوي العم من الأب والعم من الام وكذلك ابناؤهما وعلى

وصي آخر وهذا قول يحيى بن آدم وعند الرد يقسم الثلث بين الرصيين نصين لانه وصى لهما بنصيب ماله وقد رجعت وصيتهما بالرد الى نصفها ونصح من ستة (والوجه الثاني) يحصل لصاحب النصيب مثل ما يحصل لابن وهو ثلث الباقي وذلك التسعان عند الاجازة لان الموصى له بانث ثلث المال ويبقى سهمان بين الموصى له بالنصيب وبين الابنين على ثلاثة لانصح تقربها في ثلاثة تكن تسعة لصاحب الثلث ثلاثة ويبقى ستة لكل ابن سهمان والموصى له بالنصيب سهمان وهي التسعان وفي الرد يقسم الثلث بينهما على الخمسة التي كانت لهما في حال الاجازة لصاحب الثلث ثلاثة ولصاحب النصيب سهمان : (مسألة) (وان كان الجزء الموصى به النصف خرج فيها وجه ثالث)

وهو أن يكون لصاحب النصيب في حال الاجازة ثلث الثلثين وفي الرد يقسم الثلث بينهما على ثلاثة عشر شهما لصاحب النصف تسعة ولصاحب النصيب أربعة وانما كان كذلك لان الورثة لا يلزمهم اجازة أكثر من ثلث المال فاذا جازوا أكثر من ذلك حسب من نصيبهم لانهم تبرعوا به ويبقى نصيب الموصى له بالنصيب على حاله كانه لم يخرج من المال الا الثلث فيبقى الثلثان بينه وبين الابنين على ثلاثة لان له مثل نصيب ابن فتجعل المسألة من ثمانية عشر لانها أقل عدده نصف وثلثه ثلث لصاحب النصف تسعة لانه مجاز له ويعطي الموصى له بالنصيب ثلث الثلثين أربعة صار الجميع ثلاثة عشر يبقى

هذا الترتيب ذكره القاضي وهذا مذهب الشافعي رضي الله عنه الا أنه يرى دخول ولد البنات والاخوات والاخوال والحالات وهذا القول انما يخرج في مذهب أحمد على الرواية الثالثة التي تجعل القرابة فيها كل من يتم عليهم اسم القرابة فأما على الرواية التي اختارها الحنفي وأن القرابة اسم لمن كان من أولاد الآباء فلا يدخل فيه الام ولا أقاربها لان من لم يكن من القرابة لم يكن أقرب القرابة فعلى هذا تتنازل الوصية من كان أقرب من أولاد الموصي وأولاد آبائه إلى أربعة آباء ولا يعدم ذلك ، وإن وصى لجماعة من أقرب الناس إليه أعطي لثلاثة من أقرب الناس إليه ، وإن وجد أكثر من ثلاثة في درجة واحدة كالأخوة فالوصية لجميعهم لان بعضهم ليس بأولى من بعض والامم بشملهم ، وإن لم يوجد ثلاثة في درجة واحدة كتلت من الثانية ، وإن كانت في الدرجة الثانية جماعة سوى بينهم لما ذكرنا في الدرجة الاولى وإن لم يكمل من الثانية فمن الثالثة فإذا وجد ابن وأخ وعم فالوصية بينهم أثلاثاً ، وكذلك إن كان ابن وأخوان وإن كان ابن وثلاثة أخوة دخل جميعهم في الوصية وينبغي أن يكون للابن ثلث الوصية ولهم ثلثاها فإن كان الابن وارثا سقط حقه من الوصية إن لم يجز له والباقي للأخوة ، وإن وصى لعصبة فهو لمن يرثه بالتعصيب في الجملة سواء كانوا من يرث في الحال أو لم يكن ويسوى بين قريتهم وبعدم لشمول اللفظ لهم ولا خلاف في أنهم لا يكونون من جهة الام بحال .

خمس للابنين لا تصح عليهما فتضرب عددها في ثمانية عشر تكن ستة وثلاثين للموصى لهما ستة وعشرون لصاحب النصف ثمانية عشر وللآخر ثمانية يبقى عشرة للابنين بينهما نصفين وإن ردوا قسم الثلث بينهما على ثلاثة عشر فتصح من تسعة وثلاثين ثلاثة عشر للوصيين وللابنين ستة وعشرون (فصل) فإن كان الجزء الموصى به الثلثين فعلى الوجه الاول للموصى له بالتعصيب الثلث في حال الاجازة وتصح من ثلاثة وفي الرد يقسم الثلث بينهما على ثلاثة وتصح من تسعة وعلى الوجه الثاني للموصى له بالتعصيب التسع وللآخر اثنيان في حال الاجازة وتصح من تسعة أيضاً وفي الرد يقسم الثلث بينهما على تسعة وتصح من أحد وعشرين ، وفي الوجه الثالث لصاحب التعصيب ثلث الثلثين وللآخر الثمان وأصلها من تسعة وتصح من ثمانية عشر في الاجازة لصاحب الثلثين اثنا عشر وللآخر أربعة يبقى سهمان للابنين وفي الرد يقسم الثلث بينهما على ستة عشر وتصح من ثمانية وأربعين

(فصل) فإن كان الموصى به جميع المال فعلى الوجه الاول يقسم المال بينهما على أربعة في حال الاجازة لصاحب المال ثلاثة ولصاحب التعصيب سهم كالموصى بماله كله وبثلثه ، وفي الرد يقسم الثلث بينهما على أربعة ، وعلى الوجه الثاني لا يحصل لصاحب التعصيب شيء . لانه انما يحصل له مثل ابن والابن لا يحصل له شيء . وهذا مما يؤمن هذا الوجه لانه لا يطرد ويكون الكل لصاحب المال في حال الاجازة وفي الرد يأخذ صاحب المال الثلث ويبقى اثنتان بين صاحب التعصيب وبين الابنين على ثلاثة وتصح من تسعة ، وعلى الوجه الثالث لصاحب التعصيب ثلث الثلثين اثنان من تسعة ولصاحب المال

﴿ مسألة ﴾ قال (وإن قال لأهل بيتي أعطي من قبل أبيه وأمه)

يعني تعطى أمه وأقاربها الإخوال والخالات وآباء أمه وأولادهم وكل من يعرف بقربته والمنصوص عن أحمد فيما وقفنا عليه التسوية بين هذا اللفظ ولفظ القرابة فإنه قال في رواية عبد الله إذا أوصى بثلاث مائة لأهل بيته هو بمثابة قوله لفرأيتي وحكام ابن المنذر عن أحمد ، وقال أحمد قال النبي ﷺ « لأهل الصدقة لي ولأهل بيتي » فجعل سهم ذي القربى لهم عوضا عن الصدقة التي حرمت عليهم فكان ذوو القربى الذين سماهم الله تعالى هم أهل بيته الذين حرمت عليهم الصدقة . وذكر حديث زيد بن أرقم أن النبي ﷺ قال « أذكركم الله في أهل بيتي » قال قلنا من أهل بيته نسأله قال لا ، أصلا وعشيرة الذين حرمت عليهم الصدقة : آل علي وآل عقیل وآل جعفر وآل العباس ، وقال القاضي : قال ثعلب أهل البيت عند العرب آباء الرجل وأولادهم كالأجداد والأعمام وأولادهم ويستوي فيه الذكور والإناث . وذكر القاضي أن أولاد الرجل لا يدخلون في اسم القرابة ولا أهل بيته وليس هذا بشيء فإن ولد النبي ﷺ من أهل بيته وأقاربه الذين حرّموا الصدقة وأعطوا من سهم ذي القربى وهم من أقرب أقاربه فكيف لا يكونون من أقاربه وقد قال النبي ﷺ لفاطمة ولولدها وزوجها « اللهم هؤلاء أهل بيتي فأذهب عنهم الرجس وطهرهم تطهيرا » ولو وقف على أقارب رجل أو وصى لأقاربه دخل فيه ولده بغير خلاف علمته ،

تسعة فتصح من أحد عشر في حال الإجازة وفي الرد من ثلاثة وثلاثين لصاحب المال تسعة ولصاحب النصيب اثنان ولكل ابن أحد عشر

﴿ مسألة ﴾ (إذا وصى لرجل بثلاث نصيب أحد ابنه ولا آخر بثلاث باقي المال فإلى الوجه الأول

لصاحب النصيب ثلث المال وللآخر ثلث باقي المال تسعة والباقي للابن وتصح من تسعة) وعلى الوجه الثاني يدخلها الدور لكونه إنما يحصل لصاحب النصيب مثل ما يحصل للابن وهو لا يعلم ثلث الباقي حتى يعلم نصيب الابن ولا يعلم نصيب الابن حتى يعلم ثلث الباقي فيخرج به ويقسم الباقي على الابن وصاحب النصيب والتفريق على هذا الوجه . ولعلها طرق (أحدها) أن تحمل المال ثلاثة أسهم ونصيبا وإنما جعلته ثلاثة أسهم ليكون للباقي بعد النصيب ثلث فيدفع النصيب إلى الموصى له به وإلى الآخر ثلث الباقي منها يبقى سهمان لكل ابن سهم وذلك هو النصيب فصحت من أربعة (وطريق الثاني) طريق الجبر فتأخذ مالا وتلقي منه نصيبا يبقى مال إلا نصيبا تدفع إلى الوصي الآخر ثلثه وهو ثلث مال إلا ثلث نصيب يبقى ثلثا مال إلا ثلث نصيب يعدل نصيبين اجبر ثلثي المال بثلثي نصيب ورد على النصيبين مثل ذلك يبقى ثلثا مال تعدل نصيبين وثلثين أبسط الكل اثلاثا من جنس الكسر وأقلب وحول فاجعل النصيب اثنين والمال ثمانية وارجع بالاختصار إلى أربعة (وطريق الثالث) الطريق المنكوس وهي أن تقول للابن سهمان وهو مال ذهب ثلثه فزد عليه مثل

والحرقى عدم في القرابة بقوله لا يجاوزها أربعة آباء، لأن النبي ﷺ لم يجاوز بني هاشم بسهم ذي القربى فجعل هاشم الأب الرابع ولا يكون رابعا إلا أن يعد النبي ﷺ أباً لأن هاشم أبا هاشم ورابع النبي ﷺ (فصل) وان وصى لآله فهو مثل قرابته فان في بعض الفاظ زيد بن أرقم من آل رسول الله ﷺ قال أصله وعشيرته الذين حرموا الصدقة بعده، آل علي وآل العباس وآل جعفر وآل عقيل والاصل في آل أهل قتلته الماء حمزة كما قالوا أهرقت الماء وأرقته، ومدة ثلاثا تجتمع همزتان

وان وصى لعمرته فقد توقف أحد في ذلك وهو في عرف الناس عشيرته الأذنون وولده المذكور والاناث وإن سفلوا فتصرف الوصية اليهم وبذلك فسره ابن قتيبة، قال: ويدل على ذلك قول أبي بكر رضي الله عنه نحن عترة النبي ﷺ ويضته التي تفقت عنه، وقال ثعلب وابن الأعرابي: العترة الاولاد وأولاد الاولاد ولم يدخلوا في ذلك العشيرة، والاول أصح وأشهر في عرف الناس مع انه قد دل على صحته قول أبي بكر رضي الله عنه في محفل من أصحاب النبي ﷺ فلم ينكره أحد وهم أهل اللسان فلا يقول على ما خالفه

وان وصى لقرمه أو لنسبائه فقال أبو بكر هذا بمثابة أهل بيته، وقول القاضي إذا ذل لرحمي أو لأرحامي أو لأنسائي أو لنسائي صرف الى قرابته من قبل أبيه وأمه ويتعدى ولد الأب الخامس، فعل هذا يصرف الى كل من يرث بفرض أو تعصيب أو بالرحم في حال من الاحوال وقول أبي بكر في

نصفه سهما يصير ثلاثة ثم زد عليه مثل نصيب ابن تصرف أربعة وان شئت ضربت ثلاثة مخرج اثبات في ثلاثة وهي عدد البنين مع الوصي تكن نسمة انقص منها واحداً يبقى ثمانية ومنها تصح وتسمى طريق الباب وتعمل بها ما يرد عليك من هذه المسائل

(مسئلة) (وان كانت وصية الثاني ثلث ما يبقى من النصف فعلى الوجه الاول تصح من ثمانية عشر لصاحب النصيب الثالث ستة وللآخر ثلث ما يبقى من النصف سهم يبقى أحد عشر للبنين) وتصح من ستة وثلاثين لصاحب النصيب اثنا عشر وللآخر سهمان والكل ابن أحد عشر سهما في حال الاجازة وفي الرد، وتصح من أحد وعشرين للاول ستة أسهم وللآخر سهم والكل ابن سبعة وعلى الوجه الثاني يجعل للمال ستة أسهم ونصيبين يدفع النصيب الى الموصى له به وإلى الآخر ثلث باقي النصف سهما وإلى أحد البنين نصيبا يبقى خمسة للبن الآخر فالنصيب خمسة والمال ستة عشر للموصى له بذلك باقي النصف سهم يبقى خمسة عشر للموصى له بالنصيب خمسة والكل ابن خمسة وبالجبر تأخذ مالا وتلقي منه نصيبا يبقى مال الا نصيبا تلقي منه ثلث باقي النصف يبقى خمسة أسداس مال الا ثلثي نصيب تعدل نصيبين اجبرها بشئ نصيب وزد على النصيبين مثلها يبقى خمسة أسداس مال تعدل نصيبين وثلثين ابسط الكل اسداسا واقلب وحول واجعل أجزاء المال النصيب وأجزاء النصيب المال يصير النصيب خمسة والمال ستة عشر وان شئت

المسبيين أولى من قول القاضي لأن ذلك في العرف يطابق على من كان من العشيرة التي ينتسبان إليها وإذا كان كل واحد منهما ينتسب إلى قبيلة غير قبيلة صاحبه فليس بمناسب له (فصل) فإن وصى لمواليه وله موال من فوق وهم معتقوه فالوصية لهم لأن الاسم يتناولهم وقد تعينوا بوجودهم دون غيرهم وإن لم يكن له إلا موال من أسفل فهو لهم كذلك، وإن اجتمعوا فالوصية لهم جميعا يستوون فيها لأن الاسم يشمل جميعهم، وقال أصحاب الرأي الوصية باطلة لأنها لغير معين، وقال أبو ثور يقرع بينهما لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر، وقال ابن القاسم هي للمولى من أسفل ولأصحاب الشافعي أربعة أوجه كقولنا وقول أصحاب الرأي (والثالث) هي للموالي من فوق لأنهم أقوى بدليل أنهم عصبة وبرئونه بخلاف عتقائه (والرابع) يقف الأمر حتى يصطالحوا

ولنا أن الاسم يتناول الجميع حقيقة وعرفا فدخلوا في الوصية كما لو وصى لأخوته، وقولهم غير معين غير صحيح فإن من التعميم يحصل التعيين ولذلك لو حلف لا كلمت موالي حنث بكلام أبيهم كآء، وقولهم إن المولى من فوق أقوى قلنا مع شمول الاسم لهم يدخل فيه الأقوى والاضعف كأخوته ولا شيء. لابن العم ولا الناصر ولا انبهر من ذكرنا لأن الاسم إن لم يتناولهم حقيقة لم يتناولهم عرفا والأسماء العرفية تقدم على الحقيقية ولا يستحق مولى ابنه مع وجود مواليه، وقال زفر يستحق ولا يصح لأن مولى ابنه ليس بمولى له حقيقة إذا كان له مولى سواء، فإن لم يكن له مولى فقال الشريف أبو جعفر

أخذت نصف مال القيت منه نصيبا يبقى نصف مال إلا نصيبا القائه يبقى ثلث مال الاثنى نصيب ضمه إلى نصف المال يصير خمسة أسداس إلا اثنى نصيب تعدل نصيبين اجبر وقابل يصير خمسة أسداس مال تعدل نصيبين واثنين أبسط الكل أسداسا من جنس الكسر واقلب يكن المال ستة عشر والنصيب خمسة كما سبق

(فصل) إذا خلف ثلاثة بنين ووصى لرجل بمثل نصيب أحدهم ولا آخر بنصف باقي المال ففيها ثلاثة أوجه (أحدها) أن يعطى صاحب النصيب مثل نصيب الوارث إذا لم يكن ثم وصية أخرى (والثاني) أن يعطى نصيبه من ثلث المال (والثالث) أن يعطى مثل نصيب ابن بعد أخذ صاحب النصف وصيته وعلى هذا الوجه يدخلها الدور والتفريع عليه ولعملها طرق :

(أحدها) أن تأخذ مخرج النصف فتسقط منه سهمًا يبقى سهم فهو النصيب ثم تزيد على عدد البنين واحداً يصير أربعة فتضربها في المخرج تكن ثمانية تنقصها سهمًا يبقى سبعة فهي المال لاوصى له بالنصيب سهم وللآخر نصف الباقي وهو ثلاثة ولكل ابن سهم .

(طريق آخر) أن تزيد سهام البنين نصف سهم وتضربها في المخرج تكن سبعة

(طريق ثالث) يسمى المنكوس أن تأخذ سهام البنين وهي ثلاثة فتقول هذا بقية مال ذهب

نصفه فإذا أردت تكيله زدت عليه مثله ثم زد عليه مثل نصيب ابن تكن سبعة

يكون لموالي أبيه وقال أبو يوسف ومحمد لا شيء له لأنه ليس بمولى له واحتج الشريف بأن الاسم يتناول موالي أبيه مجازاً فإذا تعدت الحقيقة وجب صرف الاسم إلى مجازيه والعمل به تصحيحاً للكلام المكاف عند إمكان تصحيحه ولأن الظاهر إرادته المجاز لكونه محلاً لصحبه وإرادة التصحيح أغلب من إرادة الفاسد، فإن كان له موالي وموالي أب حين الوصية ثم انقرض مواليه قبل الموت لم يكن لموالي الأب شيء على مقتضى ما ذكرناه لأن الوصية كانت لتفسيرهم فلا تعود إليهم إلا بمقدور لم يوجد ولا يشبه هذا قوله أوصيت لأقرب الناس إلي وله ابن وابن ابن فإت ابن حيث يستحق ابن الابن وإن كان لا يستحق مع حياة الابن شيئاً لأن الوصية هي الموصوف بصفة وجدت في ابن الابن كوجودها في الابن حقيقة وفي المولى يقع الاسم على مولى نفسه حقيقة وعلى مولى أبيه مجازاً فمع وجودهم جميعاً لا يحمل اللفظ إلا على الحقيقة وهذه الصفة ترجع في مولى أبيه، قال الشريف ويدخل في الوصية للموالي مذبذبه وأم ولده لأن الوصية إنما تستحق بعد الموت وهم حينئذ موالى في الحقيقة

(فصل) وإن وصى لجيرانه فهم أهل أربعين داراً من كل جانب نص عليه أحمد وبه قال الأوزاعي والشافعي وقال أبو حنيفة الجار الملاصق لأن النبي ﷺ قال «الجار أحق بصقبة» يعني الشفعة وإنما ثبت للملاصق ولأن الجار مشتق من المجاورة، وقال قتادة: الجار الدار والداران وروى عن علي رضي الله عنه في قول النبي ﷺ «لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد» قال من سمع النداء، وقال سعيد بن عمرو بن جعدة من سمع الإقامة، وقال أبو يوسف الجيران أهل المحلة

(طريق رابع) وهو أن تجعل المال سهمين ونصفاً وتدفع النصيب إلى صاحبه وإلى الآخر سهماً يبقى سهم للبين يعدل ثلاثة أنصباء فالمال كله سبعة، والجير تأخذ مالا وتلقي منه نصيباً يبقى مال الآخر نصيباً وتدفع نصف الباقي إلى الوصي الآخر يبقى نصف مال الآخر نصيباً يعدل ثلاثة أنصباء فاجبره بنصف نصيب وزده على الثلاثة يبقى نصف كالمعدل ثلاثة ونصفاً فالمال كله سبعة

(فصل) فإن كنت الوصية الثانية بنصف ما يبقى من الثلث أخذت مخرج النصف والثالث من ستة نقصت منها واحداً يبقى خمسة فهي النصيب ثم تزيد واحداً على سهام البين وتضربها في المخرج تكن أربعة وعشرين تنقصها ثلاثة يبقى أحد وعشرون فهو المال تدفع إلى صاحب النصيب خمسة يبقى من الثلث سهمان تدفع منها سهماً إلى الوصي الآخر يبقى خمسة عشر لكل ابن خمسة. وبالمطريق الثاني تزيد على سهام البين نصفاً وتضربها في المخرج يكن أحداً وعشرين. وبالثالث تعمل كما عملت في الأولى فإذا بلغت سبعة ضربتها في ثلاثة من أجل الوصية الثانية بنصف الثلث وبالمطريق الثالث سهمين ونصفاً تدفع النصيب إلى الموصى له به وإلى الآخر سهماً يبقى من المال خمسة أسهم ونصفان تدفع النصيبين إلى اثنين يبقى خمسة لثالث فهي النصيب فإذا بسطتها كانت إحدى وعشرين وبالجبر تأخذ مالا تلقي من ثلثه نصيباً وتدفع إلى الآخر نصف باقي الثلث يبقى من المال خمسة أسداسه الانصاف

في مسجدين صغيرين متقاربين فالجميع جبران وإن كانا عظيمين فكل أهل مسجد جبران ، وأما
الامصار التي فيها القبائل فالجوار على الاخذ

ولنا ما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال « الجار أربعون داراً هكذا وهكذا وهكذا »
وهذا نص لا يجوز العدول عنه إن صح وإن لم يثبت الخبر فالجار هو المتقارب ويرجع في ذلك إلى العرف
(فصل) وإن وصى لأهل دربه أو سكنته فهم أهل المحلة الذين طريقهم في دربه

(فصل) وإن وصى لأصناف الزكاة المذكورين في القرآن فهم الذين يستحقون من الزكاة وينبغي
أن يجعل لكل صنف ثمن الوصية كما لو وصى لثمان قبائل . وافرقت بين هذا وبين الزكاة حيث يجوز
الاقتصار على صنف واحد أن آية الزكاة أريد بها بيان من يجوز الدفع إليه والوصية أريد بها بيان من
يجب الدفع إليه ويجوز الاقتصار من كل صنف على واحد لأنه لا يمكن استيعابهم . وحكي هذا عن
أصحاب الرأي وعن محمد بن الحسن أنه قال : لا يجوز الدفع إلى أقل من اثنين

وحكي أبو الخطاب رواية ثانية عن أحمد أنه لا يجوز الدفع إلى أقل من ثلاثة من كل صنف وهو
مذهب الشافعي . وأصل هذا الاختلاف في الزكاة وقد ذكرناه ، ولا يجوز الصرف إلا إلى المستحق من
أهل بلده ، وإن وصى للفقراء وحدهم دخل فيه المساكين ، وإن أوصى للمساكين دخل فيه الفقراء .

نصيب أجبره بنصف نصيب وزده على سهام البنين تصر ثلاثة ونصفا تعدل خمسة أسداس أقالب وحول
يكن النصيب خمسة وكل سهم ستة والمال أحداً وعشرين

(فصل) فإن أوصى لثالث ربع المال فخذ الخارج وهي اثنان وثلاثة وأربعة وأضرب بعضها في
بعض تكن أربعة وعشرين وزد على عدد البنين واحداً واضربها في أربعة وعشرين تكن ستة وتسعين
انقص منها ضرب نصف سهم في أربعة وعشرون وذلك اثنا عشر يبقى أربعة وعشرون وهي المال ثم
انظر الأربعة والعشرين فانقص منها سدسها لاجل الوصية الثانية وربعا لاجل الوصية الثالثة يبقى
أربعة عشر وهي النصيب فادفعها إلى الموصى له بالنصيب ثم ادفع إلى الثاني نصف ما يبقى من الثالث
وهو سبعة وإلى الثالث ربع المال أحداً وعشرين يبقى اثنان وأربعون لكل ابن أربعة عشر . وبالطريق
الذي تزد على عدد البنين نصف سهم وتضرب ثلاثة ونصفا في أربعة وعشرين تكن أربعة وعشرون
وبالطريق الثالث تعمل في هذه كما عملت في التي قبلها فإذا بلغت أحداً وعشرين ضربتها في أربعة
من أجل الربع تكن أربعة وعشرون . وبطريق النصيب تفرض المال ستة أسهم وثلاثة أنصبا . تدفع نصيباً
إلى صاحب النصيب وإلى الآخر سهماً وإلى صاحب الربع سهماً ونصفاً وثلاثة أرباع نصيب يبقى من
المال نصيب وربع وثلاثة أسهم ونصف الورثة تعدل ثلاثة أنصبا فأسقط نصيباً وربعا يبقا يبقى ثلاثة
أسهم ونصف تعدل نصيباً وثلاثة أرباع فالنصيب إذا سهمان فابسط الثلاثة الانصبا . تكن ستة فصار
المال اثنا عشر ومنها تصح لصاحب النصيب سهمان والآخر نصف باقي اثنا عشر سهم ولصاحب الربع

لأنهم صنف واحد فيما عدا الزكاة إلا أن يذكر الصنفين جميعاً فيدل على ذلك أنه أراد المغايرة بينهما ، ويستحب تعميم من أمكن منهنم والدفع إليهم على قدر الحاجة والبداية بأقارب الموصي على ما ذكرنا في باب الزكاة

(فصل) وإن أوصى بشيء لزيد والمساكين فلزيد نصف الوصية وبهذا قال أبو حنيفة ومحمد ، وعن محمد لزيد ثلثه والمساكين ثلثاه لأن أقل الجمع اثنان ، وقال الشافعي يكون كأحدهم إن مهمم أعطاه كواحد منهم ، وإن قسم على ثلاثة منهم جعله كأحدهم ، وحكى أصحابه وجهين آخرين أحدهما كذهبنا والثاني له ربع الوصية لأن أقل الجمع ثلاثة فإذا انضم إليهم صاروا أربعة

ولما أنه جعل الوصية لجهتين فوجب أن يقسم بينهما كما لو قال لزيد وعمر ، ولأنه لو وصى لقريش ونعيم لم يشرك بينهم على قدر عددهم ولا على قدر من يعطى منهم بل يقسم بينهم نصفين كذلك ههنا وإن كان زيد مسكيناً لم يدفع إليه من سهم المساكين شيء وبه قال الحسن واسحاق لأن عطفتهم عليه يدل على المغايرة بينهما إذ الظاهر المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه ولأن تجوز ذلك يفضي إلى تجوز دفع الجميع إليه ولفظه يقتضي خلاف ذلك ، فأما إن كانت الوصية لقوم يمكن استيعابهم وحصرهم مثل أن يقول هذا لزيد وأخوته فيحتمل أنه يكون كأحدهم لأنه شرك بينهم وبينهم على وجه لا يجوز الإخلال ببعضهم ففساروا فيه كما لو قال هذا لكم ويحتمل أن يكون كالثاني قبلها

(فصل) وإن قال اشترى رقاباً فاعتقهم لم يجز صرفه إلى المساكين لأنه وصى بالشراء لا بالدفع إليهم فإن انضم الثلث لثلاثة لم يجز أن يشتري أقل منها لأنها أقل الجمع وإن قدرت على أن تشتري أكثر من ثلاثة بمن ثلاثة غالبية كان أولى وأفضل لأن النبي ﷺ قال «من أعتق امرأ مسلماً أعتق الله بكل عضوه عضو آمنه من النار» ولأنه يفرج عن نفس زائدة فكان أفضل من عدم ذلك ، وإن أمكن شراء ثلاثة رخيصة وحصه من الرابعة بمن ثلاثة غالبية فالثلاثة أولى لأن النبي ﷺ لما سئل عن أفضل الرقاب قال «اغلاها

ثلاثة يبقى ستة لبنين لكل ابن سهمان وهذا أخصر وأحسن. وبالجبر تأخذ مالا تدفع منه نصيباً يبقى مال إلا نصيباً تدفع نصف باقي ثلثه وهو سدس إلا نصف نصيب يبقى من المال خمسة أسداس إلا نصف نصيب تدفع منها ربع المال يبقى ثلث المال وربعه إلا نصف نصيب تعدل ثلاثة أنصباء أجبر وقابل وأقلب وحول يكن النصيب سبعة والمال اثنين وأربعين فتضربها في اثنين ليحول الكسر تسع أربعة وعشرين .

(فصل) فإن كانت الوصية الثلاثة بربع ما بقي من المال بعد الوصيتين الأوليين فاعملها بطريق النصيب كما ذكرنا يبقى معك ثلاثة أسهم وثلاثة أرباع سهم تعدل نصيباً ونصفاً أبسطها أرباعاً تكن السهام خمسة عشر والانصباء ستة توافقها وتردها إلى وفقها تصير خمسة أسهم تعدل نصيبين أقلب واجمل النصيب خمسة والسهم اثنين وأبسط ما معك يصير سبعة وعشرين فادفع خمسة إلى صاحب النصيب وإلى الآخر

نمنا وأنفسها عند أهلها » والقصد من العتق تكيل الأحكام من الولاية والجمعة والحج والجهاد وسائر الأحكام التي تختلف بالرق والحرية ولا يحصل ذلك إلا باعتاق جميعه، وهذا التفضيل والله أعلم من النبي ﷺ لغالبية انما يكون مع التساوي في المصلحة فأما ان ترجح بعضهم بدين وعنة وصلاح ومصلحة له في العتق بأن يكون مضروراً بالرق فله صلاح في العتق وغيره له مصلحة في الرق ولا مصلحة له في العتق وربما تضرر به من فوات نفقته ونفقاته ومصلحه وعجزه بعد العتق عن الكسب وخروجه عن الصيانة والحفظ فان اعتاق من كثرت المصلحة في اعتاقه أفضل وأولى وإن قلت قيمته ولا يسوغ اعتاق من في اعتاقه مفسدة لان مقصود المومي تحصيل الثواب والاجر ولا أجر في اعتاق هذا ، ولا يجوز أن يعتق الارقبة مسلمة لان الله تعالى لما قال (فتحرير رقبة) لم يتناول الا المسلمة ومطلق كلام الآدمي محمول على مطلق كلام الله تعالى ، ولا يجوز اعتاق معيبة عيباً يمنع الاجزاء في الكفارة لما ذكرنا والله أعلم

(فصل) ونقل المروذي عن أحمد فيمن أوصى بثلاثة في أبواب البر بجزأ ثلاثة أجزاء جزأ في الجهاد وجزأ يتصدق به في قرابته وجزأ في الحج ، وقال في رواية أبي داود انغزو يبدأ به . وحكي عنه أنه جعل جزأ في فداء الاسرى ، وهذا والله أعلم ليس على سبيل الزوم والتحديد بل يجوز صرفه في جهات البر كلها لان اللفظ للعموم فيجب حمله على عمومه ولا يجوز تخصيص العموم بغير دليل وربما كان غير هذه الجهات أحوج من بعضها وأحق وقد تدعو الحاجة إلى تكفين ميت وإصلاح طريق وفك أسير وإعتاق رقبة وقضاء دين وإغاثة مملوف أكثر من دعائها إلى حج من لا يجب عليه الحج فيكلف وجوب ما لم يكن عليه واجباً وتعباً كان الله قد أراحه منه من غير مصاحبة تعود على أحد من خلق الله فتقديم هذا على ما مصلحته ظاهرة والحاجة اليه داعية بغير دليل تحكم لا معنى له

نصف باقي الثلث سهمين وإلى الثالث ربع الباقي خمسة يبقى خمسة عشر لكل ابن خمسة وهذه الطريق أخصر . وإن عملت بالطريق الثاني أخذت أربعة وعشرين فنقصت سدسها وربع الباقي يبقى خمسة عشر فهي النصيب ثم زدت على عدد البنين سهماً ونقصت نصفه وربع ما بقي منه يبقى ثلاثة أثمان زدها على سهام البنين تكن ثلاثة وثلاثة أثمان تضر بها في أربعة وعشرين تكن أحدًا وثمانين ومنها تصح وبالطبر يفضي إلى ذلك أيضاً

(مسألة) (وإن خلف اما وبدأ واحتأ وأوصى بمثل نصيب الام وسبع ما بقي ولا خير بمثل نصيب الاخت وربع ما بقي ولا خير بمثل نصيب البنت وثلاث ما بقي فاعملها بالنكوس فقل مسألة الورثة من ستة وهي بقية مال ذهب فزد عليه نصفه ثلاثة يكن تسعة ومثل نصيب البنت ثلاثة تكن اثني عشر وهي بقية مال ذهب ربعه فزد عليه ثلثه أربعة صار ستة عشر ومثل نصيب الاخت اثنين تكن ثمانية عشر وهي بقية مال ذهب سبعة فزد عليه سدسه ثلاثة يكن احداً وعشرين ومثل نصيب الام سها يكن

وإذا قل ضع ثلثي حيث يربك الله فيه صرفه في أي جهة من جهات القرب رأى وضعه فيها عملاً يقتضي وصيته وذكر القاضي أنه يجب صرفه إلى الفقراء والمساكين، والأفضل صرفه إلى فقراء أقربه فإن لم يجد قالي محارمه من الرضاع، فإن لم يكن قالي جيرانه . وقال أصحاب الشافعي : يجب ذلك لأنه رده إلى اجتهاده فيها فيه الخط وهذا أحظ

ولنا أنه قد يرى غير هذا أم منه وأصلح فلا يجوز تقييده بالتحكم . ونقل أبو داود عن أحمد أنه سئل عن رجل أوصى بثلثه في المساكين وله أقارب محارب لم يوص لم يوص لم يوص ولم يرثوا فإنه يبدأ بهم فانهم أحق ، قال وسئل عن النضراني يوصي بثلثه للفقراء من المسلمين أعطى أخوته وهم فقراء ؟ قال نعم هم أحق يعطونهم ون درهم لا يزدادون على ذلك ، يعني لا يزداد كل واحد منهم على ذلك لأنه القدر الذي يحصل به الغنى

(مسألة) قال (وأما وصي أن يحج عنه خمسمائة فما فضل رده في الحج)

وجهه أنه إذا أوصى أن يحج عنه بقدر من المال وجب صرف جميع ذلك في الحج إذا حمله الثلث لانا وصى بجميعه في جهة قربا فوجب صرفها ولو وصى بأقل من الثلث لولي أن يصرف إلى من يحج أكثر من نفقة المثل لانه أطلق له التصرف في المعاوضة فانتضى ذلك عوض المثل كالوكيل في البيع ثم لا يخلو أما أن يكون بقدر نفقة المثل لحجة واحدة فيصرف فيها أو نائضا عنها فيحج به من حيث يبلغ في ظاهر منصوص أحمد، فإنه قال في رواية حنبل في رجل أوصى أن يحج عنه ولا تبلغ النفقة فقال يحج عنه من حيث تبلغ النفقة لراكب من أهل مدينته ، وهذا قول العنبري

وقال القاضي يعازيه في الحج وهو قول سوار القاضي حكاة عنه العنبري ، وعن أحمد أنه مخير في ذلك ، قال في رواية أبي داود في امرأة أوصت بحج لا يجب عليها أرى أن يؤخذ ثلث مالها فيعان به في الحج أو يحج من حيث يبلغ (الحال الثلاث) أن يفضل عن الحجة فيدفع في حجة ثانية ثم في ثالثة

اثني وعشرين ومنها تصح تدفع إلى الموصى له بمثل نصيب الأم سها وسبع الباقي ثلاثة يبقى عمانية عشر تدفع إلى الموصى بمثل الأخت سهمين وربيع الباقي فيحصل له ستة ويبقى اثنا عشر، تدفع إلى الموصى له بمثل نصيب البنت ثلاثة يبقى تسعة تدفع إليه ثلثها ثلاثة يصير له ستة ويبقى ستة للورثة، هذا في حال الاجازة، وفي الرد تجعل الثلث ستة عشر فتصح من ثمانية وأربعين الموصى له بمثل نصيب الأم أربعة وأل كل واحد من الوصيين الآخرين ستة والورثة اثنان وثلاثون لا تنقسم على مسئلتهم وتوافقها بالانصاف فتضرب وفق أحدهما في الأخرى تكن مائة وأربعة وأربعين

(فصل) فإن خلقت امرأة زوجا وأما وأختا لاب وأوصت بمثل نصيب الأم وثلث ما بقي ولا آخر بمثل نصيب الزوج ونصف ما بقي فمسئلة الورثة من ثمانية وهي مال ذهب نصفه فزد عليه مثله يكن ستة عشر ومثل نصيب الزوج ثلاثة عشر تسعة عشر وهو بقية مال ذهب ثلثه فزد عليه

الى أن ينفذ أو يبقى مالا يباغ حجة فيحج عنه من حيث يباغ على ما ذكرنا من الخلاف فيه ولا يستتيب في الحج مع الامكان الا من بلد المحجوج عنه لانه نائب عن الميت وقائم مقامه فينوب عنه من موضع لو حج المنوب عنه لحج منه فان كان الموصى به لا يحمله الثالث لم يخل من أن يكون الحج فرضاً أو تطوعاً فان كان فرضاً أخذ أكثر الامرين من الثالث أو التقدر السكاني لحج الفرض فان كان الثالث أكثر أخذ ثم يصرف منه في الفرض قدر ما يكفيه ثم يحج بالباقي تطوعاً حتى ينفذ كذا ذكرنا من قبل ، وإن كان الثالث أقل ثم قدر ما يكفي الحج من رأس المال وبهذا قل عطاء وطاوس والحسن وسعيد بن المسيب والزهرري والشافعي وإسحاق قال سعيد بن المسيب والحسن كل واجب من رأس المال ، وقال ابن سيرين والنخعي والشافعي ومحمد بن أبي سنان والثوري وأبو حنيفة وداود بن أبي هند . إن وصى بالماح فمن ثلثه والا فليس على ورثته شيء فلي قولهم إن لم يف الثلث بالموصى به والا لم يزد على الثلث لان الحج عبادة فلا تلزم الوارث كالصلاة

وانا قول النبي ﷺ « لو كان على أيك دين أ كنت تقضيه » قال نعم قال « فدين الله أحق أن يقضى » والدين من رأس المال فها هو أحق منه أولى ولأنه واجب فكأن من رأس المال كدين الآدمي ، وإن كان تطوعاً أخذ الثلث لا غير اذا لم يميز الورثة ويحج به على ما ذكرنا فيما مضى

(فصل) واذا أوصى بحج واجب أو غيره من الواجبات كقضاء دين وزكاة وإخراج كفارة لم يخل من أربعة أحوال (أحدها) أن يرصي بذلك من صاب ماله فهذا تأكيد لما وجب بالشرع ويحج عنه من بلده ، وإن لم يف ماله بذلك أخذ ماله كله يدفع في الواجب كما لو لم يوص (الثاني) أن يوصي بأداء الواجب من ثلث ماله فيصح أيضاً فان لم تكن له وصية غير هذه لم تنفذ شيئاً ويؤدي من المال كله كما لو لم يوص ، وإن كان قد أوصى بتبرع لجهة أخرى قدم الواجب ، وإن فصل من

نصفه صار ثمانية وعشرين نصفاً فرد عليه مثل نصيب الاخت سهمين يكن ثلاثين ونصفاً بسطها من جنس الكسر تكن احداً وستين للموصى له بمثل نصيب الام أربعة بقي سبعة وخمسون ادفع اليه ثلثها تسعة عشر بقي ثمانية وثلاثون ادفع الى الموصى له بمثل نصيب الزوج ستة يبقى اثنين وثلاثون ادفع اليه نصفها ستة عشر يبقى ستة عشر الورثة ، للزوج سنة والام أربعة وللأخت ستة هذا في حال الاجازة وفي الرد تجمل السهام الحاصلة للأوصياء وهي خمسة وأربعون ثلث المال فتكون المسئلة جميعها من خمسة وثلاثين .

(مسألة) اذا خلف ثلاث بنين ووصى بمثل نصيب أحدهم الاربع المال فخذ مخرج الكسر أربعة وزد عليها سها تكن خمسة فهو النصيب وزد على عدد البنين واحداً واضربه في مخرج الكسر يكن ستة عشر تدفع الى الموصى له بالنصيب خمسة ويستثنى من ربع المال أربعة اقسام يبقى له سهم ولكل ابن خمسة (المغني والشرح الكبير) (٧١) (الجزء السادس)

الثالث شيء، فهو التبرع، وإن لم يفضل شيء سقطت وإن لم يف الثلث بالواجب أم من رأس المال هكذا ذكر القاضي، وقال أبو الخطاب بزاحم بالواجب أصحاب الوصايا فيحتمل أنه أراد مثل ما ذكر القاضي ويحتمل أنه أراد أن الثلث يقسم بين الوصايا كلها الواجب والتبرع بالحصة فما حصل للواجب أم من رأس المال فيدخله الدور وتعمل بالجبر فتقول في رجل أوصى بحجة واجبة كفايتها عشرة من ثلثه ووصى بصدقة تطوع عشرة ومات فلم يخلف إلا ثلاثين فاعزل تمة الواجب من المال وهي شيء مجهول وخذ ثلث الباقي عشرة الا ثلث شيء واقسمه بين الوصيين لكل واحد خمسة الا سدس شيء انضم الشيء الذي عزله إلى ما حصل للحجة فصارت خمسة الا سدس شيء يعدل عشرة وخذ من الشيء سدس فاجبر به بعض الحصة يبقى خمسة اسداس شيء يعدل خمسة فالشيء إذا سته ومتى أخذت ستة من ثلاثين بقي أربعة وعشرون ثلثها ثمانية لصاحب الصدقة نصفها أربعة وللواجب أربعة مع الستة ما راجع عشرة فإن كان عليه بضاد بن خمسة عزلت تمة الحج شيئاً وتمة الدين نصف شيء بقي ثلث للمال عشرة الا نصف شيء واقسمه بين الوصايا فيحصل للحج أربعة الا خمس شيء انضم إليها تمة بصر شيئاً وأربعة الا خمس شيء يعدل عشرة وبعد الجبر يصير أربعة أخماس شيء تعدل ستة فزد على الستة ربعاً تسعة ونصفاً يعدل شيئاً فالشيء سبعة ونصف ونصف الشيء ثلاثة ونصف وربع وبقية المال ثمانية عشر وثلاثة ارباع ثلثها ستة وربع، للدين خمسها واحد وربع إذا ضمنت إليه تمة كل خمسة والحج اثنان ونصف تكل به تمة والصدقة اثنان ونصف، وفي عملها طريق آخر وهو أن يقسم الثلث بكاله بين الوصايا بالقسط ثم ما بقي من الواجب أخذه من الورثة وصاحب التبرع بالقسط، وفي المسئلة الاولى يحصل للواجب خمسة يبقى له خمسة يأخذ من صاحب التبرع ديناراً ومن الورثة أربعة، وفي المسئلة الثانية حصل للحج أربعة وديني له ستة وحصل للدين ديناران وبقي له ثلاثة فيأخذان ما بقي لهما من الورثة ثلاثة ومن صاحب التبرع ثلاثة فيأخذ صاحب الحجة من الورثة أربعة ومن صاحب التبرع دينارين ويأخذ صاحب الدين دينارين

وإن شئت خصصت كل ابن ربع وقسمت الربع الباقي بينهم وبينه على أربعة فإن قال الرابع الباقي بد النصيب فزد على سهام البنين سهماً وربعاً واضربه في أربعة يكن سبعة عشر للوصي سهمان ولكل ابن خمسة والجبر تأخذ مالا وتدفع منه نصيباً إلى الوصي ويستثنى منه ربع الباقي وهو ربع مال الربع نصيب صار ملك مال وربع الا نصيباً وربعاً يعدل انصباء البنين وهو ثلاثة ارباع وقابل بخرج النصيب خمسة والمال سبعة عشر

(مسئلة) (فإن قال الربع الباقي بعد الوصية جعلت الخرج ثلاثة وزدت عليه واحداً صار أربعة فهو النصيب وزيد على عدد البنين سهماً وتضربه في ثلاثة يكن ثلاثة عشر فهو المال) وإن شئت قلت المال كله ثلاثة انصباء ووصية الوصية هي نصيب الربع الباقي بعد ما وذلك ثلاثة ارباع نصيب فبقي

من الورثة وديناراً من صاحب التبرع (الثالث) أن يوصي بالواجب ويطلق فهو من رأس المال فيبدأ
 بأخراجه قبل التبرعات والميراث فإن كان ثم وصية تبرع فلصاحبها ثلث الباقي وهذا قول أكثر أصحاب
 الشافعي . وذهب بعضهم إلى أن الواجب من الثلث كالتقسيم الذي قبله لأنه إنما ملك الوصية بالثلث
 ولنا أن الحج كان واجباً من رأس المال وليس في وصيته ما يقتضي تغييره فيبقى على ما كان عليه
 كما لو لم يوص به ، وقولهم لأن ملك الوصية إلا بالثلث قلنا في التبرع فأما في الواجبات فلا تنحصر في
 الثلث ولا تقتيد به (القسم الرابع) أن يوصي بالواجب ويقرن الوصية بالتبرع مثل أن يقول حجوا
 عني وأدوا ديني وتصدقوا عني ففيه وجهان (أصحهما) أن الواجب من رأس المال لان الاقتران في النظم
 لا يبدل على الاقتران في الحكم ولا في كيفيته ولذلك قال الله تعالى (كلوا من ثمره إذا أثمر وأنوا حقه
 يوم حصاده) والا كل غير واجب والابتاء واجب ولأنه ههنا قد عطف غير الواجب عليه فسكاهم
 يستويان في الوجوب لا يلزم استواءهما في محل الإخراج (والثاني) أنه من الثلث لأنه قرن به
 ما أخرجه من الثلث

(مسألة) قال (وإن قال حجة بخمسمائة فما فضل فهو لمن يحج)

وجهه أنه إذا أوصى أن يحج عنه بقدر من المال حجة واحدة وكان فيه فضل عن قدر ما يحج
 به فهو لمن يحج لأنه قصد إرقائه بذلك فكأنه مروح ، فإن قال حجوا عني حجة واحدة بخمسمائة وما
 فضل منها فهو لمن يحج ثم إن عين من يحج عنه فقال يحج عني فلان بخمسمائة صرف ذلك إليه وإن لم
 يعين أحداً فلا وصي صرفها إلى من شاء . لأنه فرض إليه الاجتهاد إلا أنه لا يملك صرفها إلى وارث إذا
 كان فيها فضل إلا باذن الورثة ، وإن لم يكن فيها فضل جاز لانها لا محابة فيها ثم ينظر فإن كان الحج
 الموصى به تلوفاً لجميع انقدر الموصى به من الثلث ، وإن كان واجباً فالزائد عن نفقة المثل معتبر من

ربع نصيب فهو الوصية وبين أن المال كله ثلاثة وربع أسطفاً تكن ثلاثة عشر ولهذا المسائل
 طرق سوى ما ذكرنا .

(فصل) فإن قال أوصيت لك بمثل نصيب أحد بني الأثلث ما يبقى من الثلث فخذ مخرج ثلث
 الثلث وهو تسعة زدها عليها سهماً تكن عشرة فهي النصيب وزد على أنصاء البنين سهماً وثلاثاً واضرب
 ذلك في تسعة يكن تسعة وثلاثين ادفع عشرة إلى الوصي واستثن منه ثلث بقية الثلث سهماً يبقى له
 تسعة ولكل ابن عشرة وإن قال الأثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصية جمعت المال ستة وزدت عليه
 سهماً صار سبعة فهذا هو النصيب وزدت على أنصاء البنين سهماً ونصفاً وضربته في ستة يصير سبعة
 وعشرين ودفعت إلى الوصي سبعة وأخذت منه نصف بقية الثلث سهماً بقي معه ستة وبقي أحد وعشرون
 لكل ابن سبعة وإنما كان كذلك لأن الثلث بعد الوصية هو النصيب بعد النصيب وهي أطلق الاستثناء

الثالث ، وإن لم يف الموصى به بالحج الواجب أتم من رأس المال ، وإن كان تطوعاً فإنه يحج به من حيث يبلغ على ما مضى

(فصل) وإن عين رجلاً أن يحج فأبى أن يحج بطل التعيين ويحج عنه بأقل ما يمكن إنسان ثقة سواء ويصرف الباقي إلى الورثة ، ولو قال المعين أصرفوا الحجة إلى من يحج وأدفعوا الفضل إلي لأنه موصى به لي لم يصرف إليه شيء ، لأنه إنما أوصي له بالزيادة بشرط أن يحج فإذا لم يفعل لم يوجد الشرط ولم يستحق شيئاً

(مسألة) قال (وإن قال حجوا عني حجة فما فضل رد إلى الورثة)

أما إذا أوصى بحجة ولم يذكر قدرًا من المال فإنه لا يدفع إلى من يحج إلا قدر نفقة المنزل لما ذكرناه وإن فضل فضل عن ذلك فهو للورثة وهذا ينبغي على أن الحج لا يجوز الاستئجار عليه إنما ينوب عنه فيه نائب فما ينفق عليه فيما يحتاج إليه فهو من مال الموصي وما بقي رده على ورثته ، وإن تلف المال في الطريق فهو من مال الموصي وليس على النائب أتمام المضي إلى الحج عنه وعلى الرواية الأخرى يجوز الاستئجار عليه فلا يستأجر الثقة بأقل ما يمكن وما فضل فهو لمن يحج لأنه ملاك ما أعطى بعقد الاجارة ، وإن تلف المال في الطريق بعد قبض الاجير له فهو من ماله ويلزمه أتمام الحج ، وإن قال حجوا عني ولم يقل حجة واحدة لم يحج عنه إلا حجة واحدة لأنه أقول ما يقع عليه الاسم فإن عين مع هذا من يحج عنه فقال يحج عني فلان فإنه يدفع إليه قدر نفقته من بلده إذا خرج من الثالث ، فإن أبى الحج إلا بزيادة تصرف إليه فينبغي أن يصرف إليه أقل قدر يمكن أن يحج به غيره ، وإن أبى الحج وكان واجبا استناب غيره بأقل ما يمكن استنابته به ، وإن كان تطوعاً احتمل بطلان الوصية لأنه عين لها حجة فإذا لم تقبلها بطلت الوصية كما لو قال يعصروا عبيدي لفلان بمائة فأبى شراؤه ويحتمل أن لا ينطلق

فليقبل بعد النصيب ولا الوصية فنسب الجمهور يحل علي ما بعد النصيب وعند محمد بن الحسن والبصريين يكون بعد الوصية

(فصل) فإن قال الخامس ما يبقى من المال بعد النصيب ولا آخر بثالث ما يبقى من المال بعد وصية الأول فخذ المخرج خمسة وزد عليها خمسها تكن ستة انقص ثلثها من أجل الوصية باثلاث يبقى أربعة فهي النصيب ثم خذ سهمًا وزد عليه خمسها وانقص من ذلك ثلثه يبقى أربعة أخماس زدها على أنصاء البنين واضربها في خمسة تصير تسعة عشر فهي المال ادفع إلى الأول أربعة واستثن منه خمس الباقي ثلاثة يبقى معه سهم وادفع إلى الآخر ثلث الباقي ستة يبقى اثنا عشر لثاني ابن أربعة وبالجزء خذ مالا وألق منه نصيباً واسترجع منه خمس الباقي يصير مال وخمس النصيب وخمساً ألق ثلث ذلك بقي أربعة أخماس مال إلا أربعة أخماس نصيب بعدل ثلاثة أنصاء اجبر وقابل وأبسط

ويستتاب غيره لانه قصد القرية والتعيين فاذا بطل التعيين لم تبطل القرية كما لو قال يعموا عهدي فلان وتصدقوا بتمنه فلم يقبل فلان فانه يباع لغيره ويتصدق به

(فصل) واذا أوصى لرجل أن يخرج عنه حجة لم يكن للوصي الحج بنفسه نص عليه أحد كما لو قال تصدق علي لم يجوز أن يتصدق على نفسه، وإن قال حج عني بما شئت صح وله ما شاء إلا أن لا يجوز الورثة فله الثلث

(فصل) اذا أوصى أن يخرج عنه زيد بمائة ولعمرو بتمام الثلث واسعد بثلث ماله فاجاز الورثة أمضيت على ما قال الموصي وان لم يفضل عن المائة شيء فلا شيء لعمرو لانه إنما أوصى له بالفضل ولا فضل وان رد الورثة قسم الثلث بينهم نصفين لسعد السدس ولزيد مائة وما فضل من الثلث فالعمرو فان لم يفضل شيء فلا شيء لعمرو لانه إنما أوصى له بالزيادة ولا زيادة ولا تمنع المزاخمة به ولا يعطى شيئاً كونه الابن مع الاخ من الابوين في مزاخمة الجد ويحتمل أنه متى كان في الثلث فضل عن المائة أن يرد كل واحد منهم الى نصف وصيته لان زيدا إنما استحق المائة بالاجازة فمع الرد يجب أن يدخل عليه من النقص بقدر وصيته كسائر الوصايا وقد ذكرنا نظير هذه المسئلة فيما تقدم فان امتنع زيد من الحج وكانت الحجة واجبة استتيب ثقة غيره في الحج بأقل ما يمكن وتتمام المائة للورثة ولعمرو ما فضل فان كانت الحجة تطوعاً ففي بطلان الوصية بهما وجهان ذكرناهما فيما مضى

(فصل) وان أوصى لزيد بعبد بهينه ولعمرو ببقية الثلث قوم العبد يوم موت الموصي لانه حال نفوذ الوصية ودفع الى زيد ودفع بقية الثلث الى عمرو فان لم يبق من الثلث شيء بطلت وصية عمرو وان مات العبد بعد موت الموصي أو رد زيد وصيته بطلت ولم تبطل وصية عمرو وهكذا ان مات زيد قبل موت الموصي أو بعده وان مات العبد قبل موت الموصي قومنا التركة حال موت الموصي بدون

يكن المال تسعة عشر والنصيب أربعة، وان شئت قات أنصباء البنين ثلاثة وهي بقية مال ذهب ثلثه فزد عليه نصفه يصير أربعة أنصباء ونصفاً ووصية والوصية هي نصيب الا خمس الباقي وهو نصف نصيب وخمس نصيب وخمس وصية يبقى خمس نصيب وعشر نصيب الا خمس وصية اجبر وقابل وبسط تصر ثلاثة من النصيب تعدل اثني عشر سهماً من الوصية وهي لا تنفق بالاثلاث فردها الى وقفها تصر سهماً تعدل اربعة والوصية سهم والنصيب اربعة فابسطها تبكى تسعة عشر فان كان الاستثناء بعد الوصية قات المال اربعة أسهم ونصف ووصية وهي نصيب الا خمس الباقي وهي تسعة أعشار نصيب يبقى عشر نصيب فهو الوصية فابسط الكل اعشاراً تكن الانصباء خمسة وأربعين والوصية سهم وان كان اثني عشر المال كله فالوصية عشر نصيب الا خمس وصية اجبر يصير العشر يعدل وصية وخمساً ابسط يصير النصيب ستين والوصية خمسة والمال كله مائتان وخمسة وسبعون الق منها ستين واسترجع منه خمس المال وهي خمسة وخمسون يبقى له خمسة وللآخر ثلث الباقي تسعون ويبقى مائة وثمانون لكل

العبد ثم يقوم العبد لو كان حياً فإن بقي من الثلث بعد قيمته شيء فهو سبوه والباطل وصيته ولو قال لأحد عبدي أنت مدبر ثم قال لا آخر أنت مدبر في زيادة الثلث عن قيمة الأول ثم بطل تدير الأول لرجوعه فيه أو خروجه مستحقاً أو غير ذلك فهي كالتالي قبلها على ما ذكرنا

(مسئلة) قال (ومن أوصى بثلاث ماله لرجل فقتل عمداً أو خطأ وأخذت الدية فلمن أوصى له بالثلث ثلث الدية في إحدى الروايتين والأخرى ليس لمن أوصى له بالثلث من الدية شيء)

اختلفت الرواية عن أحمد فيمن أوصى بثلاث ماله أو جزء منه مشاع فقتل الموصي وأخذت دينه هل للموصي منها شيء أو لا؟ فقتل منها عن أحمد أنه يستحق منها وروى ذلك عن علي رضي الله عنه في دية الخطأ وهو قول الحسن ومالك ونقل ابن منصور عن أحمد لا يدخل الدية في وصيته، وروى ذلك عن مكحول وشريك وأبي ثور وداود وهو قول إسحاق وقال مالك في دية العمد لأن الدية إنما تجب للورثة بعد موت الموصي بدليل أن سببها الموت فلا يجوز وجوبها قبله لأن الحكم لا يتقدم سببه ولا يجوز أن تجب للميت بعد موته لأنه بالموت نزول أملاكه الدائمة له فكيف يتجدد له ملك؟ فلا يدخل في الوصية لأن الميت إنما يرصي بجزء من ماله لا بتمام ورثته ووجه الرواية الأولى أن الدية تجب للميت لأنها بدل نفسه ونفسه له فكذلك بدلها ولأن بدل أطرافه في حال حياته له فكذلك بدلها بعد موته ولهذا تقضي منها ديونه ويجوز منها أن كان قبل تجيزه وإنما يزول من أملاكه ما استغنى عنه فأما ما تعلقت به حاجته فلا ولأنه يجوز أن يتجدد له ملك بعد الموت كمن نصب شبكة فسقط فيها صيد بعد موته فإنه يملك بحيث تقضي ديونه منه ويجوز فكذلك دينه لأن تنفيذ وصيته من حاجته فأشبهت قضاء دينه

إن سنون ويرجع بالاختصار إلى خمسها وذلك خمسة وخمسون للوصي الأول سهم ولثاني ثمانية عشر ولكل ابن اثنا عشر وبالجزء تأخذ ما لا تلقي منه نصيباً وترى يد على المال خمسة يصر ما لا وخساً إلا نصيباً التي ثلث ذلك يبقى أربعة أخماس مال الأثني نصيب تعدل ثلاثة أجبر وقابل وبسط يكن المال ثمانية عشر وثلاثاً اضربها في ثلاثة ليزول الكسر تصير خمسة وخمسين وإن كان استثنى الخمس كله وأوصى بالثلث كله فخذ مخرج الكسر من خمسة عشر وزد عليها خمسها ثم انقص ثلث المال كله يبقى ثلاثة عشر فهي النصيب وزد على انصاء البنين سهماً واضربه في المال يكن ستين وهي المال وإن كان استثنى خمس الباقي وأوصى بثلث المال كله فالعمل كذلك إلا أنك تزيد على سهام البنين سهماً وخساً وتضربها تسكن ثلاثة وستين فإن كان استثنى خمس ما بقي من الثلث زدت على الخمسة عشر سهماً واحداً فصار ستة عشر ثم نقصت ثلث المال كله بقي أحد عشر فهي النصيب ثم زدت على سهام البنين سهماً وخساً وضربتها في خمسة عشر تسكن ثلاثة وستين تدفع إلى الوصي الأول أحد عشر وتستثنى منه خمس بقية الثلث سهمين يبقى

(فصل) فإن كانت الوصية بمعين فعلى الرواية الأولى يعتبر خروجه من ثلث ماله ودينه وعلى الأخرى يعتبر خروجه من أصل ماله دون دينه لأنه ليس من ماله
(فصل) وإن أوصى ثم استفاد مالا قبل الموت فأكثر أهل العلم يقولون إن الوصية تعتبر من جميع ما يخلفه من التلاد والمستفاد ويعتبر ثلث الجميع هذا قول النخعي والأوزاعي ومالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وصواء علم أولم يعلم وحكي عن أبان بن عثمان وعمر بن عبد العزيز وربيعة ومالك : لا يدخل في وصيته إلا ما علم إلا المديبر فإنه يدخل في كل شيء :
ولنا أنه من ماله فدخل في وصيته كالمعلوم
مسئلة قال (وإذا وصى إلى رجل ثم أوصى بعده إلى آخر فهما وصيان إلا أن يقول قد أخرجت الأول)

معنى أوصى إلى رجل أي جعل له التصرف بعد موته فيما كان له التصرف فيه من قضاء ديونه واقتضاها زرد الودائع واستردادها وتفريق وصيته والولاية على أولاده الذين له الولاية عليهم من الصبيان والمجانين ومن لم يؤنس رشده والنظر لهم في أموالهم بحفظها والتصرف فيها بما لهم الحظ فيه فأما من لا ولاية له عليهم كالغلاء الراشدين وغير أولاده من الأخوة والأعمام وسائر من عدا الأولاد فلا تصح الوصية عليهم لأنه لا ولاية للموصي عليهم في الحياة فلا يكون ذلك لتأنيبه بعد الموت ، ولا نعلم في هذا كله خلافاً وبه يقول مالك وأبو حنيفة والشافعي إلا أن أبا حنيفة والشافعي قالوا للجد ولاية على ابن ابنه وإن سفل لأن له ولادة وتعصبياً فأشبهه الأب ولأصحاب الشافعي في الأم عند عدم الأب والجد وجهان (أحدهما) أن لها ولاية لأنها أحد الأبوين فأشبهت الأب

معه تسعة وتدفع إلى صاحب الثلث أحداً وعشرين يبقى ثلاثة وثلاثون لكل ابن أحد عشر فإن كانت الوصية الثانية بثلث باقي المال زدت على الخمسة عشر واحداً نقصت ثلث الستة عشر ولا ثلث لها فاضربها في ثلاثة تكن ثمانية وأربعين انقص منها ثلثها يبقى اثنان وثلاثون فهي النصيب وخذ سهمها وزد عليه خمسة ثم انقص ثلث ذلك من أجل الوصية بثلث الباقي يبقى أربعة أخماس زدها على سهام الورثة واضربها في خمسة وأربعين تكن مائة واحداً وسبعين ومنها تصح

(فصل) إذا وصى لرجل بمثل نصيب أحد بنيه وهم ثلاثة ولا آخر بثلث ما يبقى من الثلث ولا آخر بدرهم فاجعل المال تسعة دراهم وثلاثة انصبا فادفع إلى الوصي الأول نصيباً وإلى الثاني والثالث درهمين بقي سبعة ونصيان ادفع نصيبين إلى ابنتين يبقى سبعة للابن الثالث فالنصيب سبعة والمال ثلاثون فإن كانت الوصية الثالثة بدرهمين فالنصيب ستة والمال سبعة وعشرون
(فصل) إذا وصى لعمه بثلث ماله وثلثه بمشروه فردت وصيتها فتحاصا الثلث وأصاب الخلال

ولنا أن الجدة بدلي بواسطة فأشبهه الاخ والعم وفارق الاب فانه بدلي بنفسه وبحجب الجدة
ويخالفه في ميراثه وحجبه فلا يصح الحاقه به ولا قياسه عليه ، وأما المرأة فلا تلي لانها قاصرة لا تلي
النكاح بحال فلا تلي مال غيرها كالعبد ولانها لا تلي بولاية القضاء فكذلك بالنسب
إذا ثبت هذا فانه اذا أوصى الى رجل ثم أوصى الى آخر فعلا وصيان الا أن يقول قد أخرجت
الاول أو قد عزله لما ذكرنا فيما اذا أوصى بحارية لبشر ثم أوصى بها لغيره ولانه قد وجدت الوصية
اليها من غير عزل واحد منهما فكانا وصيين كما لو أوصى اليهما دفعة واحدة فلما ان أخرج الاول انزل
وكان الثاني هو الوصي كما لو عزله بعد الوصية الى الثاني

(فصل) ويجوز أن يوصي الى رجل بشيء دون شيء مثل أن يوصي الى انسان بتفريق وصيته
دون غيرها أو بقضاء ديونه أو بالنظر في أمر أطفاله حسب فلا يكون له غير ما جعل اليه ويجوز أن
يوصي الى انسان بتفريق وصيته والى آخر بقضاء ديونه والى آخر بالنظر في أمر أطفاله فيكون لكل
واحد منهم ما جعل اليه دون غيره . ومتى أوصى اليه بشيء لم يصير وصيا في غيره . وبهذا قال الشافعي
وقال أبو حنيفة يصير وصيا في كل ما ملكه الرضي لان هذه ولاية تنتقل من الاب بموته فلا تتبع
كولاية الجدة . ولنا انه استفاد التصرف بالأذن من جهة الآدمي فكان مقصوداً على ما أذن فيه
كالوكيل ، وولاية الجدة ممنوعة ، ثم تلك ولاية استفادها بقرابته وهي لا تتبع بعض والأذن يتبع بعض فافترقا
(فصل) ويجوز أن يوصي الى رجلين معاً في شيء واحد ويجعل لكل واحد منهما التصرف
منفرداً فيقول أوصيت الى كل واحد منكما ان يتفرد بالتصرف لانه جعل كل واحد منهما وصيا
منفرداً وهذا يقتضي تصرفه على الانفراد وله أن يوصي اليهما ليتصرفا بمجتمعين وليس لواحد منهما
الانفراد بالتصرف ولانه لم يجعل ذلك اليه ولم يرخص بنظره وحده ، وهاتان صورتان لا أعلم فيهما

سنة فاضرها في وصيته وذلك عشرة تكن ستين واقسمه على الفاضل بينهما يخرج بالقسم خمسة عشر
فهي الثلث وان شئت قلت قد أصاب الخال ثلاثة أخماس وصيته يجب أن يصيب العم كذلك فيبقى من
الثلث خمسا وهو يعدل ما أصاب الخال فزد على ما أصاب الخال مثل نصفه وهو ثلاثة يصر تسعة
وهو الذي أصاب العم ، وان قال أصاب العم الربع فقد أصابه ثلاثة أرباع وصيته وبقي من الثلث
لنصف سدس يعدل ثلاثة أرباع وصية الخال وذلك سبعة ونصف وللعم ثلاثة أمثاله اثنان وعشرون
ونصف والمال كله تسعون وان قال أصاب الخال خمس المال فقد بقي من الثلث خمسا للعم فيكون
الحاصل للخال خمسا وصيته أيضاً وذلك أربعة دنانير . ووصية وللعم مثل ثلثيها ديناران وثلثان والثلث
كله ستة وثلثان والمال عشرون فان كان معهما وصية بسدس المال فأصاب الخال ستة فهي ثلاثة أخماس
وصيته ولكل واحد من الآخرين ثلاثة أخماس وصيته وذلك تسعة أعشار الثلث يبقى منه عشر

خلافنا ، وان أطلق فقال أوصيت البكا في كذا فليس لأحدهما الانفراد بالتصرف وبه قال مالك
والشافعي ، وقال أبو يوسف له ذلك لان الوصية والولاية لا تتبع بعض فذلك كل واحد منهما الانفراد بها
كالاخوين في تزويج أختها

وقال أبو حنيفة ومحمد يستحسن على خلاف القياس فيبيع أن يفرد كل واحد منهما بسبعة أشياء :
كفن الميت وقضاء دينه وانفاذ وصيته ورد الوديعة بعينها وشراء ما لا بد للصغير منه من الكسوة
والطعام وقبول المبة له والخصومة عن الميت فيما يدعى له أو عليه لان هذه يشق الاجتماع عليها وبضر
تاخيرها فجاز الانفراد بها

ولنا انه شرك بينهما في النظر فلم يكن لأحدهما الانفراد كالوكيلين ، وما قاله أبو يوسف تقول به
فانه جعل الولاية اليهما باجماعهما فليست متبعضة كما لو وكل وكيلين أو صرح للوصيين بأن لا يتصرفا
الا مجتمعين ثم يبطل ما قاله بهاتين الصورتين ويبطل ما قاله أبو حنيفة بهما أيضا ، وإذا تعذر اجتماعهما
أقام الحاكم أمينا مقام العائب

(فصل فيمن تصح الوصية اليه ومن لا تصح)

تصح الوصية الى الرجل العاقل المسلم الحر العدل اجماعا ، ولا تصح الى مجنون ولا طفل ولا
وصية مسلم الى كافر بغير خلاف فله لان المجنون والطفل ليسا من اهل التصرف في
اموالهم فلا يباين على غيرهما ، والكافر ليس من اهل الولاية على مسلم ، وتصح الوصية الى
المرأة في قول أكثر أهل العلم ، روي ذلك عن شريح ، وبه قال مالك والثوري والاوزاعي

يعدل ما حصل للعم وهو ستة فائلك ستون ، وان أصاب صاحب السدين عشر المال فقد أصاب صاحب
الثلث خمسة ببقى من الثلث أيضاً عشرة فهو نصيب الحال وذلك ثلاثة أخماس وصيته ستة فيكون
الثالث ستين كما ذكرنا

(فصل) إذا خلف ثلاثة بنين ووصى لعمه بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث وصية خاله وحاله بمثل
نصيب أحدهم الا ربع وصية عمه فاضرب مخرج الثلث في مخرج الربع تكن اثني عشر انقصها
شهماً يبقى احد عشر فهي نصيب ابن انقصها سهمين يبقى تسعة فهي وصية الخال ، وان نقصتها ثلاثة فهي
ثمانية فهي وصية البم ، وبالجزر تجعل مع العم أربعة دراهم ومع الخال ثلاثة دنانير ثم تزيد على الدراهم
ديناراً وعلى الدنانير درهماً يبلغ كل واحد منهما نصيباً اجبر وقابل وأسقط المشترك يبقى معك ديناران
تعديل ثلاثة دراهم فاقرب وحول تصير الدراهم ثمانية والدنانير تسعة كما قلنا ، وان وصى لعمه بشرة إلا

والحسن بن صالح وإسحاق والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولم يجزء عطاء لانها لا تكون قاضية فلا تكون وصية كالمجنون

ولنا ما روي أن عمر رضي الله عنه أوصى إلى حفصة ، ولانها من أهل الشهادة فأشبهت الرجل وتحالف القضاء فانه يعتبر له الكل في المانة والاجتهاد بخلاف الوصية ، وتصح الوصية الى الامعي وقال أصحاب الشافعي فيه وجه أنه لا تصح الوصية اليه بناء منهم على أنه لا يصح بيعه ولا شراؤه فلا يوجد فيه معنى الولاية وهذا لا يسلم لهم مع أنه يمكنه التوكيل في ذلك وهو من أهل الشهادة والولاية في النكاح والولاية على أولاده الصغار فصحت الوصية اليه كالصبي ، وأما الصبي العاقل فلا أعلم فيه نصا عن احمد فيحتمل أنه لا تصح الوصية اليه لانه ليس من أهل الشهادة والاقرار ولا يصح تصرفه الا باذن فلم يكن من أهل الولاية بطريق الاولى ولانه مولى عليه فلا يكون واليا كالطفل والمجنون وهذا مذهب الشافعي وهو الصحيح ان شاء الله ، وقال القاضي قياس المذهب صحة الوصية اليه لان احمد قد نص على صحة وكالته وعلى هذا يعتبر أن يكون قد جاوز العشر ، وأما الكافر فلا تصح وصية مسلم اليه لانه لا يلي على مسلم ولانه ليس من أهل الشهادة ولا العدالة فلم تصح الوصية اليه كالمجنون والفاسق وأما وصية الكافر اليه فان لم يكن عدلا في دينه لم تصح الوصية اليه لان عدم العدالة في المسلم يمنع صحة الوصية اليه فم الكفر أولى ، وان كان عدلا في دينه ففيه وجهان (أحدهما) تصح الوصية اليه وهو قول أصحاب الرأي لانه يلي بالنسب قبلي الوصية كالمسلم (والثاني) لا تصح وهو قول أبي ثور لانه فاسق فلم تصح الوصية اليه كفاسق المسلمين ، ولأصحاب الشافعي وجهان كاذبن ، وأما وصية الكافر الى المسلم فتصح إلا أن تكون تركته خمرأ أو خنزيرأ ، وأما العبد فقال أبو عبد الله بن حامد تصح الوصية اليه سواء كان عبد نفسه او عبد غيره وبه قال مالك ، وقال النخعي والاوزاعي وابن شبرمة

وصية ربع خاله ولخاله بعشرة إلا خمس وصية عمه فاضرب بخرج الربع في مخرج الخمس تكن عشرين انقصها سهماً تكن تسعة عشر فهي المقسوم عليه ثم اجعل مع الخال أربعة وانقصها سهماً يبقئ ثلاثة اضربها في العشرة ثم فيما مع العم وهو خمسة تكن مائة وخمسين اقسما على تسعة عشر تخرج سبعة وسبعة عشر جزءاً من تسعة عشر فهي وصية عمه واجعل مع العم خمسة وانقصها سهماً واضربها في عشرة ثم في أربعة تكن مائة وستين واقسمها تكن ثمانية وثمانية اجزاء فهي وصية خاله

(طريق آخر) تنقص من العشرة ربعها وتضرب الباقي في العشرين ثم تقسمها على تسعة عشر وتنقص منها خمسها وتضرب الباقي في عشرين وتقسمها وبالجزر تجمل وصية الخال شيئاً ووصية العم عشرة إلا ربع شيء فخذ خمسها فزده على الشيء وهي سهران الا نصف عشر شيء تعدل عشرة فأسقط المشترك من الجانبين نصر ثمانية وثمانية اجزاء من تسعة عشر إذا أسقطت ربعها من العشرة بقيت سبعة وسبعة عشر جزءاً ، وان وصى لعمه بعشرة الا نصف وصية خاله ولخاله بعشرة إلا ثلث

تصح الوصية الى عبد نفسه ولا تصح الى عبد غيره ، وقال ابو حنيفة تصح الوصية الى عبد نفسه اذا لم يكن في ورثته رشيد وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي لا تصح الوصية الى عبد بحال لانه لا يكون وليا على ابنه بالنسب فلا يجوز أن يلي الوصية كالجنون

ولنا أنه يصح استنابته في الحياة فصح أن يوصى اليه كالحرة وقياسهم يبطل بالمرأة والخلاف في المكاتب والمدير والمعتق بعضه كالخلاف في العبد القن ، وقد نص الحنفي على أن الوصية الى أمولده جائزة ، وقد نص عليه احمد أيضا لأنها تكون حرة عند نفوذ الوصية من أصل المال ، وأما الفاسق فقد روي عن احمد ما يدل على أن الوصية اليه لا تصح وهو قول مالك والشافعي ، وعن احمد ما يدل على صحة الوصية اليه فانه قال في رواية ابن منصور اذا كان متهما لم تخرج من يده ، وقال الحنفي اذا كان الوصي خائنا ضم اليه أمين وهذا يدل على صحة الوصية اليه ويضم الحاكم اليه أمينا ، وقال ابو حنيفة تصح الوصية اليه وينفذ تصرفه ، وعلى الحاكم عزله لانه بالنم عاقل فصحت الوصية اليه كالعدل ووجه الادلى أنه لا يجوز افراده بالوصية فلم تجز الوصية اليه كالجنون وعلى أبي حنيفة لا يجوز اقراره على الوصية فأشبهه ما ذكرنا

(فصل) ويعتبر وجود هذه الشروط في الوصي حال العقد والموت في أحد الوجهين وفي الآخر يعتبر حال الموت حسب كالوصية له وهو قول بعض أصحاب الشافعي ولنا أنها شروط لعقد فتعتبر حال وجوده كسائر العقود ، فأما الوصية له فهي صحيحة وان كان وارثا وانما يعتبر عدم الارث وخروجها من الثلث لتنفيذ والازم فاعتبرت حالة الزم بخلاف مسئلتنا فانها شروط لصحة العقد فاعتبرت حالة العقد ولا ينفع وجودها بعده وعلى الوجه الذي لو كانت الشروط كلها متفية او بعضها حال العقد ثم وجدت حالة الموت لصحت الوصية اليه

وصية جده ولجده بعشرة إلا ربع وصية عمه قوصية عمه ستة وخمسان ووصية خاله سبعة وخمس ووصية جده ثمانية وخمسان ، وبها أن تضرب الخارج بعضها في بعض فتضرب اثنين في أربعة في ثلاثة تكن أربعة وعشرين تزيدها واحداً تكن خمسة وعشرين فهذا هو المقسوم عليه ثم تنقص من الاثنين واحداً وتضرب واحداً في ثلاثة ثم تزيدها واحداً وتضربها في أربعة تكن ستة عشر ثم اضربها في عشرة تكن مائة وستين واقسمها على خمسة وعشرين يخرج بالقسم ستة وخمسان فهي وصية العم وانقص الثلاثة واحداً يبقى اثنان اضربها في الاربعة تكن ثمانية زدها واحداً واضربها في اثنين في عشرة تكن مائة وثمانين اقسمها على خمسة وعشرين يخرج بالقسم سبعة وخمس وهي وصية الخال ثم انقص من الاربعة واحداً واضرب ثلاثة في اثنين ثم زدها واحداً تكن سبعة اضربها في ثلاثة ثم في عشرة تكن مائتين وعشرة مقسومة على خمسة وعشرين يخرج بالقسم ثمانية وخمسان وهي وصية الجد .

(فصل) واذا قال أوصيت الى زيد فان مات فقد أوصيت إلى عمرو صح ذلك رواية واحدة ويكون كل واحد منهما وصياً الا أن عمراً وصي بعد زيد لأن النبي ﷺ قال في جيش مؤنة « أميركم زيد فان قتل فأمركم جعفر فان قتل فأمركم عبدالله بن رواحة » والوصية في معنى التأخير وان قال أوصيت اليك فاذا كبر ابني كان وصي صح لذلك فاذا كبر ابنه صار وصيه وعلى هذا لو قال وصيت لك فان تاب ابني عن فسقه او قدم من غيبته او صح من مرضه او اشتغل بالعلم او صالح امه او رشد فهو وصي صححت الوصية اليه وبصير وصياً عند وجود هذه الشروط

(مسئلة) قال (واذا كان الوصي خائناً جعل معه أمين)

ظاهر هذا صحة الوصية الى الفاسق وبضم اليه أمين وكذلك إن كان عدلاً فغيرت حاله الى الخيانة لم يخرج منها وبضم اليه أمين . ونقل ابن منصور عن أحمد نحو ذلك ، قال اذا كان الوصي متها لم يخرج من يده . ونقل المروذي عن أحمد فيمن أوصي الى رجلين ليس أحدهما بموضع للوصية فقال للآخر اعطني لا يعطيه شيئاً ليس هذا بموضع للوصية فليل له أليس المريض قد رضي به ؟ فقال وإن رضي به فظاهر هذا ابطال الوصية اليه ، وحمل القاضي كلام الحرقي وكلام أهد في ابقائه في الوصية على أن خيائته علمت بعد الموت ، فأما إن كانت خيائته موجودة حال الوصية اليه لم تصح لانه لا يجوز تولية الخائن على يتيم في حياته فكذلك بعد موته ولأن الوصية ولاية وأمانة والفاسق ليس من أهلها فعلى هذا اذا كان الوصي فاسقاً فخكه حكم من لا وصي له وينظر في ماله الحاكم ، وإن طرأ فسقه بعد الوصية زالت ولايته وأقام الحاكم مقامه أميناً هذا اختيار القاضي وهو قول الثوري والشافعي واسحاق وعلى قول الحرقي لانزول ولايته وبضم اليه أمين ينظر معه . وروي ذلك عن الحسن وابن سيرين

(طريق آخر) تجمل مع المم أربعة أشياء ومع الحال دينارين ومع الجدة ثلاثة دراهم ثم تضم إلى مامع المم ديناراً وإلى مامع الحال درهماً وتقابل مامع أحدهما بما مع الآخر وتسقط المشترك فيصير أربعة أشياء تعدل ديناراً ودرهماً فأسقط لفظه الأشياء واجعل مكانها ديناراً ودرهماً ثم قابل مامع الحال بما مع الجدة بعد الزيادة وهو ديناران ودرهم مع الحال لثلاثة دراهم وربع درهم وربع دينار مع الجدة فإذا أسقطت المشترك بقي درهمان وربع . معادلة الدينار وثلاثة أرباع قابسط الكل أربعاً يصير سبعة أرباع من الدينار تعدل تسعة من الدراهم فاقبض واربعة الدراهم سبعة والدينار تسعة ثم ارجع إلى ما فرضت فتجد مع المم درهماً وديناراً ستة عشر ومع الحال ثمانية عشر ومع الجدة أحد وعشرون والعمرة الكاملة خمس وعشرون والستة عشر منها ستة وخمسان والثمانية عشر سبعة وخمس والأحد وعشرون ثمانية وخمسان ، فان كان معهم أخ ووصية الجدة عشرة إلا ربع مامع الأخ ووصية الأخ عشرة إلا خمس مامع المم فهذه الطريق تجمل مع المم خمسة أشياء ومع الحال دينارين

لأنه أمكن حفظ المال بالأمين وتخصيل نظر الوصي بأبقائه في الوصية فيكون جمعا بين الحقين وإن لم يمكن حفظ المال بالأمين تعين إزالة يد الفاسق الحائن وقطع تصرفه لأن حفظ المال على اليتيم أولى من رعاية قول الموصي الفاسد

وأما التفريق بين الفسق الطاريء وبين المقارن فبهيد فإن الشروط تعتبر في الدوام كاعتبارها في الابتداء سيما إذا كانت لمعنى يحتاج إليه في الدوام ولو لم يكن بد من التفريق لكان اعتبار العدالة في الدوام أولى من قبل أن الفسق إذا كان موجوداً حال الوصية فقد رضى به الموصي مع علمه بحاله وأوصى إليه راضيا بتصرفه مع فسقه فيشعر ذلك بأنه علم أن عنده من الشفقة على اليتيم ما يمنعه من التفريط فيه وخبايته في ما له بخلاف ما إذا طرأ الفسق فانه لم يرض به على تلك الحال والاعتبار برضاه ألا ترى أنه لو أوصى إلى واحد جاز له التصرف وحده ، ولو وصى إلى اثنين لم يحجز الواحد انصرف

(فصل) وأما العدل الذي يعجز عن النظر لعله أو ضعف فإن الوصية نصح إليه وبضم إليه الحاكم أمينا ولا يزبال يده عن المان ولا نظره لأن الضعيف أهل للولاية والامانة فصحت الوصية إليه وهكذا إن كان قويا فحدث فيه ضعف أو علة ضم الحاكم إليه يبدأ أخرى ويكون الأول هو الوصي دون الثاني وهذا معاون لأن ولاية الحاكم إنما تكون عند عدم الوصي وهذا قول الشافعي وأبي يوسف ولا أعلم لهما مخالفا .

(فصل) وإذا تغيرت حال الوصي بجنون أو كفر أو سفه زالت ولايته وصار كأنه لم يوص إليه ويرجع الأمر إلى الحاكم فيقيم أمينا ناظراً لميت في أمره وأمر أولاده من بعده كما لو لم يتخلف وصياً ، وإن تغيرت حاله بعد الوصية وقبل الموت ثم عاد فكان عند الموت جامعا لشروط الوصية صحت الوصية إليه لأن الشروط موجودة حال العقد والموت فصحت الوصية كما لو لم يتغير حاله ويحصل

ومع الجدة ثلاثة دراهم ومع الآخر أربعة أفلس ثم تقابل ما مع العم بما مع الحال كما ذكرنا وتجعل الأشياء ديناراً ودرهماً ثم تقابل ما مع الحال بما مع الجدة فتجعل الدينارين درهمين وفلساً ثم تقابل ما مع الجدة بما مع الأخ فتخرج انفاس ستة وعشرين والدرهم أحداً وثلاثين والدينار أربعة وأربعين فتبين أن مع العم خمسة وسبعين ومع الحال ثمانية وثمانين ومع الجدة ثلاثة وتسعين ومع الأخ مائة وأربعة فإذا زدت على ما مع كل واحد ما استثنيت منه صار معه مائة وتسعة عشر وهي العشرة الكاملة فصارت وصية العم ستة وستة وثلاثين جزءاً ووصية الحال سبعة وسبعة وأربعين جزءاً ووصية الجدة سبعة وسبعة وتسعين جزءاً ووصية الأخ ثمانية وثمانين جزءاً

وبطريق الباب تضرب الخارج بعضها في بعض تسكن مائة وعشرين تنقصها واحداً يبقى مائة وتسعة عشر فهو المقسوم عليه وتنقص الاثنين واحداً وتضربه في ثلاثة تزيدها واحداً وتضربها في أربعة تسكن ستة عشر تنقصها واحداً وتضربها في خمسة تسكن خمسة وسبعين فهذه وصية العم تضربها في عشرة ثم

أن تبطل لان كل حالة منها حالة لقبول والرد فاعتبرت الشروط فيها ، فأما ان زالت بعد الموت وانزل ثم عاد فكل الشروط لم تعد وصيته لانها زالت فلا تعود الا بعقد جديد

(فصل) ويصح قبول الوصية وردها في حياة الموصي لانها إذن في التصرف فصيح قبوله بعد العقد كالوكيل بخلاف الوصية له فانها تملك في وقت فلم يصح القبول قبل الوقت ويجوز تأخير القبول الى ما بعد الموت لانها نوع وصية فصيح قبولها بعد الموت كالوصية له ومتى قبل صار وصيا وله عزل نفسه متى شاء مع القدرة والعجز في حياة الموصي وبعد موته يشهد منه وفي غيبته وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز له ذلك بعد الموت بحال ولا يجوز في حياته الا بحضوره لانه غره بالتزام وصيته، ومنعه بذلك الا بصاء الى غيره . وذكر ابن أبي موسى في الارشاد رواية عن أحمد ليس له عزل نفسه بعد الموت فذلك . ولنا أنه متصرف بالاذن فكان له عزل نفسه كالوكيل

(فصل) ويجوز أن يجعل الموصي جعلا لانها بمنزلة الوكالة والوكالة تجوز بجعل فكذلك الوصية وقد قل اسحاق بن ابراهيم في الرجل يوصي الى الرجل ويجعل له دراهم مائة فلا بأس ومقاسمة الموصي الموصى له جائزة على الورثة لانه نائب عنهم ومقاسمته للورثة على الموصي له لا تجوز لانه ليس بنائب عنه (فصل) وإذا أوصى الى رجل واذن له أن يوصي الى من يشاء نحو ان يقول اذنت لك أن توصي الى من شئت أو كل من أوصيت اليه قد أوصيت اليه أو فهو وصي صح وله ان يوصي الى من شاء لانه رضي باجتهاده واجتهاد من يراه فصيح كما لو وصى اليهما معا وهذا قول أكثر اهل العلم وحكي عن الشافعي أنه قل في أحد القولين ليس له ان يوصي لانه يلي بتوليته فلا يصح أن يوصي كالوكيل ولنا أنه مأذون له في الاذن في التصرف فجوز له ان يأذن لغيره كالوكيل اذا أمر بالتوكيل والوكيل حجة عليه من الوجه الذي ذكرناه فاما ان أوصى اليه وأطلق ولم يأذن له في الا بصاء ولانها

تقسمها على تسعة عشر تكن ستة وستة وثلاثين جزءاً ثم تنقص الثلاثة واحداً وتضربها في أربعة وتزيدها واحداً وتضربها في خمسة تكن خمسة وأربعين تنقصها واحداً وتضربها في اثنين تكن ثمانية وعشرين فهذه وصية الحال ثم تنقص الاربعة واحداً وتضربها في خمسة تكن خمسة عشر تزيدها واحداً وتضربها في اثنين تكن اثنين وثلاثين تنقصها واحداً وتضربها في ثلاثة تكن ثلاثة وتسعين فهذه وصية الجدة ، ثم تنقص الخمسة واحداً وتضربها في اثنين تكن ثمانية تزيدها واحداً وتضربها في ثلاثة تكن سبعة وعشرين تنقصها واحداً وتضربها في أربعة تكن مائة وأربعة وهي وصية الأخ ، وفي كل ذلك تضرب العدد الذي مع كل واحد منهم في عشرة وتنقسمه على تسعة عشر فالخارج بالقسم هو وصيته

(فصل) فان وصى لعمه بعشرة ونصف وصية خاله ولخاله بعشرة وثلاث وصية عمه كانت وصية العم ثمانية عشر ووصية الخال ستة عشر، وبها أن تضرب أحد المخرجين في الآخر وتنقصه واحداً فهو المقسوم عليه وتزيد مخرج النصف واحداً وتضربه في مخرج الثلث وتضربه في عشرة يكن تسعين مقسومة

عنه ففيه روايتان (أحدهما) له أن يوصى الى غيره وهو قول مالك وأبي حنيفة والثوري وأبي يوسف لأن الأب أقامه مقام نفسه فكان له الوصية كالأب (والثانية) ليس له ذلك وهو اختيار أبي بكر ومذهب الشافعي وإسحاق وهو الظاهر من مذهب الحنفي لقوله ذلك في الوكيل لأنه يتصرف بتولية فلم يكن له التمويض كالوكيل وبخلاف الأب لأنه يلي بغير تولية

(مسئلة) قال (وان كانا وصيين مات أحدهما أقيم مقام الميت أمين)

وجه ذلك أنه يجوز للرجل الوصية الى اثنين فتعي الوصي اليهما مطلقاً لم يجوز لواحد منهما الانفراد بالتصرف فان مات أحدهما أو جن أو وجد منه ما يوجب عزله أقام الحاكم مقامه أميناً لأن الموصي لم يرص بهذا الباقي منهما وحده ، فان أراد الحاكم رد النظر الى الباقي منهما لم يكن له ذلك ، وذكر أصحاب الشافعي وجهاً في جوازه لأن النظر لو كان له لموت الموصي عن غير وصية كان له رده الى واحد كذلك هنا فيكون ناظراً بالوصية من الموصي والامانة من جهة الحاكم

ولنا أن الموصي لم يرص بالتصرف هذا وحده فوجب ضم غيره اليه لأن الوصية مقدمة على نظر الحاكم واجتهاده ، وان تغيرت حالها جميعاً بموت أو غيره فلا حاكم أن ينصب مكانهما ، وهل له نصب واحد ؟ فيه وجهان (أحدهما) له ذلك لأنه لا عدم الوصيان صار الامر الى الحاكم بمنزلة ما لم يوص ، ولو لم يوص لاكتفى بواحد كذا هنا ، وينافق ما إذا كان أحدهما حياً لأن الموصي يبين أنه لا يرص بهذا وحده بخلاف ما اذا ماتا معاً (والثاني) لا يجوز أن ينصب الا اثنين لأن الموصي لم يرص بواحد فلم يقتنع به كما لو كان أحدهما حياً ، فأما ان جعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً مات أحدهما أو خرج من الوصية لم يكن للحاكم أن يقيم مقامه أميناً لأن الباقي منهما له النظر بالوصية فلا حاجة الى غيره

على خمسة تكن ثمانية عشر ثم تزيد مخرج الثلث واحداً وتضربه في مخرج النصف ثم في عشرة تكن ثمانين مقسومة على خمسة فان كان معها آخر ووصى للخال بمشرة وثلاث وصيته ووصى له بمشرة وربع وصية العم ضربت بالخارج وتقصتها واحداً تكن ثلاثة وعشرين فهي المقسوم عليه ثم زيد الاثنين واحداً وتضربها في ثلاثة تكن تسعة فزدها واحداً واضربها في أربعة تكن أربعين ثم في عشرة ثم اقسمها تخرج سبعة عشر وتسعة أجزاء فهي وصية العم ثم تصنع في الباقي كما ذكرنا تكون وصية الخال أربعة عشر وثمانية عشر جزءاً ووصية الثالث أربعة عشر وثمانية أجزاء ، وان شئت بعدما عملت وصية العم فاضرب الزائد من وصيته في اثنين فهي وصية الخال واضرب الزائد عن العشرة من وصية الخال في ثلاثة فهي وصية العم ، ومتى عرفت مامع الواحد منهم أمكنك معرفة ما مع الآخرين والله أعلم . وهذا القدر من هذا الفن يكفي فان الحاجة اليه قليلة وفروعه كثيرة طويلة وغيرها أهم منها والله تعالى المستول أن يوفقنا لما يرضيه وهو حسبنا ونعم الوكيل .

وان ماتا معا أو خرجا عن الوصية فللحاكم أن يقيم واحدا يتصرف وان تغيرت حال احد الوصيين تغيراً لا يزيله عن الوصية كالعجز عنها لضعف أو علة ونحو ذلك وكانا من لكل واحد منهما التصرف منفردا فليس للحاكم أن يقيم اليهما اميناً لان الباقي منهما يكفي الا ان يكون الباقي منهما يعجز عن التصرف وحده لكثرة العمل ونحوه فله ان يقيم اميناً، وان كانا من ليس لأحدهما التصرف على الافراد فلي الحكم ان يقيم مقام من ضعف عنها اميناً يتصرف معه على كل حال فيصيرون ثلاثة : الوصيان والامين معهما ولكل^(١) واحد منهم التصرف وحده

(١) صوابه وليس

لكل واحد منهم

(فصل) واذا اختلف الوصيان عند من يجعل المال منهما لم يجعل عند واحد منهما ولم يقسم بينهما وجعل في مكان تحت ايديهما جميعاً لان الوصي لم يأمن أحدهما على حفظه ولا التصرف فيه وقال مالك يجعل عند اعدلهما، وقال أصحاب الرأي يقسم بينهما وهو المنصوص عن الشافعي الا أن أصحابه اختلفوا في مراده بكلامه فقال بعضهم انما أراد اذا كان كل واحد منهما موصياً اليه على الافراد وقال بعضهم بل هو عام فيها

ولنا أن حائط المال من جملة الموصى به فلم يميز لأحدهما الافراد به كالتصرف ولانه لو جاز لكل واحد منهما أن يتفرد بحفظ بعضه لجاز له أن يتفرد بالتصرف في بعضه

(فصل) لا بأس بالدخول في الوصية فان الصحابة رضي الله عنهم كان بعضهم يوصي الى بعض فيقبلون الوصية فروي عن أبي عبيدة أنه لما عبر افرات أوصى الى عمر، وأوصى الى الزبير ستة من أصحاب رسول الله ﷺ عثمان وابن مسعود والمقداد وعبد الرحمن بن عوف وطبيع بن الاسود وآخر وروي عن ابن عمر أنه كان وصياً للرجل، وفي وصية ابن مسعود ان حدث بي حادث الموت من مرضي هذا أن مرجم وصيتي الى الله سبحانه ثم الى الزبير بن العوام وابنه عبد الله ولانها وكالة وأمانة

باب الموصي اليه

(تصح وصية المسلم الى كل مسلم عاقل عدل، وإن كان عبداً أو مراهقاً أو امرأة أو أم ولد) تصح الوصية الى الرجل العاقل المسلم الحر العدل إجماعاً فأما العبد فتصح الوصية اليه قال ابن حامد سواء كان عبداً نفسه أو عبداً غيره وبه قال مالك، وقال النخعي والاوزاعي وابن شبرمة تصح الوصية الى عبده ولا تصح الى عبداً غيره، وقال أبو حنيفة تصح الوصية الى عبداً نفسه إذا لم يكن في ورثته رشيد وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي لا تصح الوصية الى عبداً بحال لانه لا يكون ولياً على ابنه بالنسب فلا يجوز أن يلي الوصية كالجنون

ولنا أنه تصح استنابته في الحياة فصح أن يوصى اليه كالحر وفياسهم ييطل بالاراة والخلاف في المسكاتب والمدبر والمنتق بمضه كالخلاف في العبد القن، وأما الصبي المميز فقال القاضي قياس المذهب

فأشبهت الوديعة والوكالة في الحياة وقياس مذهب أحمد أن ترك الدخول فيها أرل لما فيها من الخطر وهو لا يعدل بالسلطنة شيئاً، ولذلك كان يرى ترك الالتقاط وترك الاحرام قبل المبيعات أفضل تحريماً للسلامة واجتناباً للخطر وقد روي حديث يدل على ذلك وهو ما روي أن النبي ﷺ قال لا يذر «اني أراك ضميماً واني أحب لك ما أحب لنفسي فلانأمرن على اثنين ولا تولين مال يتيم» أخرجه مسلم . (فصل) فان مات رجل لارصي له ولا حاكم في بلد فظاهر كلام أحمد رحمه الله أنه يجوز لرجل من المسلمين أن يتولى أمره ويبيع مادامت الحاية الى بيعه، فان صالحا نقل عنه في رجل بارض غربة لا قاضي بها مات وخلف جوارى ومالا أتري لرجل من المسلمين بيع ذلك فقال أما المنافع والميوان فان اضطروا الى بيعه ولم يكن قاض فلا بأس وأما الجوارى فاحب إلي ان يتولى بيعه من حاكم من الحكام وانما توقف عن بيع الاماء على طريق الاختيار احتياطاً لان بيعهن يتضمن إباحة فرج واجاز بيع ذلك لانه موضع ضرورة .

(فصل) وإذا أوصى اليه بتفريق مال لم يكن له أخذ شيء منه نص عليه أحمد فقال إذا كان في يده مال للمساكين وأبواب البر وهو محتاج اليه فلا يأكل منه شيئاً إنما أمر بتنفيذه وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو ثور وأصحاب الرأي إذا قل الوصي جاءت لك ان تضع ثلثي حيث شئت أو حيث رأيت فله أخذه لنفسه وولده ويحتمل أن يجوز ذلك عندنا لانه يتدارله لفظ الوصي ، ويحتمل أن ينظر الى قرائن الاحوال فان دلت على أنه أراد أخذه منه مثل أن يكون من جملة المستحقين الذين يصرف اليهم ذلك أو عادة الأخذ من مثله فله الأخذ منه والا فلا ويحتمل أن له اعطاء ولده وسائر أقاربه إذا كانوا مستحقين دون نفسه لانه مأمور بالتفريق وقد فرق فيمن يستحق فأشبهه مالو دفع الى أجنبي

صححة الوصية لان أحمد قد نص على صحته وكالته وعلى هذا يعتبر أن يكون قد جاوز العشر ، وقال شيخنا لا أعلم فيه نصاً عن أحمد فيحتمل أنه لا تصح الوصية اليه لانه ليس من أهل الشهادة والافرار ولا يصح تصرفه إلا باذن وهو مولى عليه فلم يكن من أهل الولاية كالطفل وهذا مذهب الشافعي ، وهو الصحيح إن شاء الله تعالى

(فصل) وتصح الوصية الى المرأة في قول أكثر أهل العلم ، روي ذلك عن شريح وبه قال مالك والثوري والاوزاعي والحسن بن صالح وإسحاق والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولم يجزه عطاء لاهلها لا تكون قاضية فلا تكون وصية كالمجنون

ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه أوصى الى حفصة ولاها من أهل الشهادة أشبهت الرجل ويخالف القضاء فانه يعتبر له السكال في الخلقة والاجتهاد بخلاف الوصية وتصح الوصية الى أم الولد ، ذكره الحرق ونص عليه أحمد لانها تكون حرة من أصل المال عند نفوذ الوصية

ولنا أنه غلبك ملكه بالأذن فلا يجوز أن يكون قابلاً كما لو وكله في بيع سلعة لم يجز له بيعها من نفسه (فصل) وإن وصى إليه بتفريق ثلثه فأبى الورثة أخراج ثلث ما في أيديهم فعنه روايتان (أحدهما) يخرج اثلاث كله مما في يده نقلها أبو طالب لأن حق الموصى له متعلق بأجزاء التركة فجاز أن يدفع إليه بمافي يده كما يدفع إلى بعض الورثة (والأخرى) يدفع إليه ثلث ما في يده ولا يعطيهم شيئاً مما في يده حتى يخرجوا ثلث ما في أيديهم نقلها أبو الحارث لأن صاحب الدين إذا كان للمدين في يديه مال لم يملك استيفاءه مما في يده كذا ههنا ويمكن حمل الروايتين على اختلاف حالين فالرواية الأولى محمولة على ما إذا كان المال جنساً واحداً فلاموصي أن يخرج الثلث كله مما في يده لأنه لا فائدة في انتظار أخراجهم مما في أيديهم مع اتحاد الجنس والرواية الثانية محمولة على ما إذا كان المال أجناساً فالت الوصية تتعلق بثلث كل جنس فليس له أن يخرج عوضاً عن ثلث ما في أيديهم مما في يده لأنه معاوضة لا تجوز إلا برضام والله أعلم

(فصل) إذا علم الوصي أن على الميت ديناً إما بوصية الميت أو غيرها فقال أحد لا يقضيه إلا ببينة قيل له فإن كان ابن الميت يصدقه؟ قال يكون ذلك في حصة من أقر بقدر حصته وقال فيمن استودع رجلاً ألف درهم وقال إن أنا مت فادفعها إلى ابني الكبير وله ابنان أو قال ادفعها إلى أجنبي فقال إن دفعها إلى أحد الابنين ضمن للآخر قدر حصته وإن دفعها إلى الآخر ضمن، ولعل هذا من أحد فيما إذا لم يصدق الورثة الوصي ولم يقرؤا فلا يقبل قوله عليهم وليس له الدفع بغير إذنهم لأن قوله أقر عندي وأذن لي إثبات ولاية فلا يقبل قوله فيه ولا شهادته لأنه يشهد لنفسه بالولاية وقد نقل أبو داود في رجل أوصى أن لفلان علي كذا يذبحي للوصي أن ينفذه ولا يحل له أن لم ينفذ فهذه المسئلة محمولة على أن الورثة يصدقون الوصي أو المدعي أو له بينة بذلك جمعاً بين الروايتين وواقعة للدليل قبل لاحد فإن

﴿مسئلة﴾ (ولا تصح إلى غيرهم كالطفل والمجنون ولا وصية المسلم إلى كافر بغير خلاف نعلمه) لأن المجنون والطفل ليسا أهلاً للتصرف في أموالهما فلا يباين على غيرهما والكافر ليس من أهل الولاية على المسلم ولأنه ليس من أهل الشهادة والعدالة أشبه المجنون، وأما الفاسق فقد روي عن أحمد أن الوصية إليه لا تصح، وهو قول مالك والشافعي، وعن أحمد ما يدل على صحة الوصية إليه فإنه قال في رواية ابن منصور إذا كان متعها لم يخرج عن يده، وقال الحارثي إذا كان خائناً ضم إليه أمين، وهذا يدل على صحة الوصية إليه وبضم الحاكم إليه أميناً، وقال أبو حنيفة تصح الوصية إليه وينفذ تصرفه وعلى الحاكم دزله لأنه بالغ عاقل فصحت الوصية إليه كالعادل

ولنا أنه لا يجوز إفراده بالوصية فلم تجز الوصية إليه كالمجنون، وعلى أبي حنيفة أنه لا يجوز إفراده على الوصية فأشبه ما ذكرنا

﴿مسئلة﴾ (وإن كانوا على غير هذه الصفات ثم وجدت عند الموت فهل تصح؟ على وجهين)

(المضي والشرح الكبير) عتق المريض في مرضه أو بعد موته عبيدين لا يملك غيرهما ٥٧٩

علم الموصي إليه لرجل حقا على الميت فجاء الغريم يطالب الوصي وقدمه إليه القاضي يستحلفه أن مالي في يديك حق . فقال لا يحلف ويعلم القاضي بالقضية فإن أعطاه القاضي فهو أعلم فإن ادعى رجل ديناً على الميت وأقام به بينة فهل يجوز للموصي قبولها وقضاء الدين بها من غير حضور حاكم فكلام أحمد يدل على روايتين

(أحدهما) قال لا يجوز لدفع إليه بدعواه إلا أن تقوم البينة بظاهر هذا أنه يجوز الدفع بالبينة من غير حكم حاكم لأن البينة له حجة ، وقال في موضع آخر إلا أن ثبت بينة عند الحاكم بذلك فأما إن صدقهم الورثة على ذلك قبل لأنه اقرار منهم على أنفسهم

(مسألة) قال (ومن أعتق في مرضه أو بعد موته عبيدين لا يملك غيرهما وقيمة أحدهما مائتان والآخري ثلاثمائة فلم يجز الورثة أقرع بينهما ، فاز وقعت القرعة على الذي قيمته مائتان عتق منه خمسة أسداسه وهو ثلث الجميع ، وإن وقعت على الآخر عتق منه خمسة أسداسه لأن جميع ملك الميت خمسمائة درهم وهو قيمة العبدین فضرب في ثلاثة فأخذ ثلثه خمسمائة ، فلما ان وقعت القرعة على الذي قيمته مائتان ضربناه في ثلاثة فصيرناه ستمائة فصار العتق منه خمسة أسداسه ، وكذلك يفعل في الآخر إذا وقعت عليه القرعة وكل شيء يأتي من هذا الباب فسيده أن يضرب في ثلاثة ليخرج بلا كسر)

هذه المسئلة دالة على أحكام أربعة (منها) أن حكم العتق في مرض الموت حكم الوصية لا يجوز منه

يعتبر وجود هذه الشروط في الوصي حال العقد والموت في أحد الوجهين ، وفي الآخر تعتبر حالة الموت حسب كالوصية له ولأن شروط الشهادة تعتبر عند أدائها لا عند تحملها كذلك ههنا ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي .

ولنا أنها شروط العقد فتعتبر حال وجوده كسائر العقود فأما الوصية له فهي صحيحة ، وإن كان وارثا وإنما يعتبر عدم الارث وخروجها من الثلث للنفوذ والازوم فاعتبرت حالة الازوم بخلاف مسئلتنا فإنها شروط لصحة العقد فاعتبرت حالة العقد ولا ينفع وجودها بعده

(فصل) وتصح الوصية إلى الأعمى ، وقال أصحاب الشافعي فيه وجه أن الوصية لا تصح إليه بناء منهم على أنه لا يصح بيعه ولا شراؤه فلا يوجد فيه معنى الولاية ، وهذا لا يسلم له مع أنه يمكنه التوكيل في ذلك وهو من أهل الشهادة ، والولاية في النكاح ، والولاية على أولاده الصغار ، فصحت الوصية إليه كالصغير :

الا ثلث المال إلا أن يجزئه الورثة وهذا قول جمهور الفقهاء ، وحكي عن مسروق فيمن أعتق عبده في مرض موته ولا مال له ؛ غيره أجيزه برمته شيء جعله الله لا إرادته . وهذا قول شاذ يخالف الاثر والنظر فانه قد صح عن عمران بن حصين أن رجلاً من الانصار أعتق ستة أعبد عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعا بهم النبي ﷺ فأفرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة وقال له قولاً شديداً . رواه مسلم وأبو داود ، ولأنه تبرع في مرض موته فأشبهه سائر العطايا والصدقات

(الثاني) أن العتق إذا كان في أكثر من واحد فلم يحسمهم بالثلث كلنا الثلث في واحد بالقرعة وإن كانوا جماعة كلنا العتق في بعضهم بالقرعة بدليل حديث عمران بن حصين المذكور
(الثالث) أنه إذا لم يخرج من الثلث إلا جزء من عبد عتق ذلك الجزء خاصة ورق باقيه على ما سنذكره في العتق إن شاء الله تعالى

(الرابع) اثبات القرعة ومشروعيتها بدليل حديث عمران وفعل النبي ﷺ في الأعداء الذين أفرع بينهم . فأما كيفية تكيل العتق فإن العبيد إن تساوت قيمتهم وكان لهم ثلث صحب كسنة أعباء . قيمة كل اثنين منهم ثلث المال جعلنا كل اثنين منهم ثلثاً وأفرعنا بينهم . بينهم حرية وسهمي رق كما فعل النبي ﷺ فالذان يقع لهما سهم الحرية يعتقان وبرق الآخرون ، وإن كان فيهم كسر كسئلة الحرقى أفرعت بين العبدین فأيهما وقعت عليه قرعة الحرية ضربت قيمته في ثلاثة أسهم فما باغ نسبت إليه قيمة العبدین جميعاً فهما خرج بالنسبة فهو انقدر الذي يعتق منه ففي هذه المسئلة إذا وقعت القرعة على الذي قيمته مائتان ضربتهما في ثلاثة صارت ستمائة ونسبت منها قيمة العبدین معا وهي خمسمائة فبجدها خمسة أسداسها فبعت منه خمسة أسداسه ، وإن وقعت على الآخر عتق خمسة أسداسه وتام مخرج ذلك يأتي في باب العتق إن شاء الله

﴿ مسألة ﴾ (وإذا أوصى إلى رجل وبعده إلى آخر فها وصيان إلا أن يقول قد أخرجت الاول) ونظير ذلك ما إذا أوصى لرجل معين من ماله ثم وصى به لآخر ، أو وصى بجميع ماله لرجل ثم وصى به لآخر فانه يكون بينهما وقد ذكرنا ذلك ، فكذلك إذا أوصى إلى رجل ثم وصى إلى آخر فانهما يصيران وصيين ، كما لو وصى اليهما جميعاً في حال واحدة وإن قال قد أخرجت الاول بطلت وصيته لأنه صرح بعزله فأنزل كما لو وكله ثم عزله .

﴿ مسألة ﴾ (وليس لأحدهما الانفراد بالتصرف إلا أن يجعل ذلك إليه)
وجملة ذلك أنه يجوز أن يوصي إلى رجلين معاً في شيء واحد ويجعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً فيقول أوصيت إلى كل واحد منكما وجعلت له أن ينفرد بالتصرف فان هذا يتنفي تصرف كل واحد منهما على الانفراد ، وله أن يوصي اليهما ليتصرفا مجتمعين فلا يجوز لأحدهما الانفراد بالتصرف لأنه لم يجعل ذلك إليه ولم يرض بنظره وحده ولا نعلم خلافاً في هاتين الصورتين ، فان أطلق فقال

﴿مسئلة﴾ قال (واذا أوصى بعبد من عبده لرجل ولم يسم العبد كان له أحد بم بالقرعة اذا كان مخرج من الثلث والا ملك منه بقدر الثلث)

وجملة ذلك أن الوصية بغير معين كعبد من عبده وشاة من غنمه نصح وقد ذكرنا أن الوصية بالمجهول نصح فيما مضى وبه يقر مالک والثناخي واسحاق ، واختلفت الرواية فيما يستحق الموصى له فروي أنه يستحق أحدهم بالقرعة وبشبه أن يكون قول اسحاق . ونقل ابن منصور أنه يعطى أحسنهم يعنى يعطيه الورثة ما أحبوا من العبد وهو قول الشافعي ، وقال مالک قولنا يقتضي أنه اذا أوصى بعبد وله ثلاثة أعبد فله ثلثهم ، وإن كانوا أربعة فله ربعهم فانه قال اذا أوصى بعشر من ابنة وهي مائة يعطى عشرها والنخل والرقيق والدواب على ذلك . والصحيح أنه يعطى عشرة بالعدد لانه الذي تناوله لفظه وافظه هو المقتضى فلا يعدل عنه ولكن يعطى واحداً بالقرعة لانه يستحق واحداً غير معين فليس واحد بأولى من واحد فوجب المصير إلى القرعة كالأعتق واحد منهم ، وعلى ما نقل ابن منصور يعطيه الورثة من عبده ما شاؤا من صحيح أو معيب جيد أو ردي ، لانه ينار له اسم العبد فأجزأ لو وصى له بعبد ولم يصفه إلى عبده ، وإن لم يكن له إلا عبد واحد تعينت الوصية فيه وكذلك إن كان له عبيد فأتوا كلهم إلا واحداً تعينت الوصية فيه لتعذر تسليم الباقي ، وإن تلف رقيقه جميعهم قبل وت الموصى أو قتلوا بطلت الوصية لأنها إنما تلزم بالموت ولا رقيق له حينئذ وإن تلفوا بعد موته بغير تفریط من الورثة بطلت الوصية لان التركة عند الورثة غير مضمونة لاسها حصلت في أيديهم بغير فعلهم وإن قتلهم قاتل فلاموصى له قيمة أحدهم مبنياً على الروايتين فيمن يستحقه منهم في الحياة ، ولو قال أوصيت لك بعبد من عبيدي ولا عبيد له لم نصح الوصية لانه أوصى له بلا شيء . فهو كالو قال أوصيت لك بما في كيسي ولا شيء فيه أو بداري ولا دار له فان اشترى قبل موته عبيداً احتمل أن لا نصح الوصية لأنها

أوصيت اليك في كذا فليس لأحدها الانفراد بالتصرف وبه قال مالک والشافعي ، وقال أبو يوسف له ذلك لان الوصية والولاية لا تتبع فملك كل واحد منهما الانفراد بها كالأخوين في تزويج أختها وقال أبو حنيفة ومحمد يستحسن على خلاف القياس فيبيع أن ينفرد كل واحد منهما بسبعة أشياء : كفن الميت ، وقضاء دينه ، وإنفاذ وصيته ، ورد الوديعة بعينها ، وشراء ما لا بد للصغير منه من الكسوة ، والطعام ، وقبول الهبة له ، والخصومة عن الميت فيما يدعى له وعليه ، لان هذه يشق الاجتماع عليها ويضر تأخيرها فجاز الانفراد بها .

ولنا انه شرك بينهما في النظر فلم يكن لأحدهما الانفراد كالوكيلين وما قاله أبو يوسف نقول به فانه جعل الولاية اليها باجتماعها فليست تتبعه كما لو وكل وكيلين أو صرح الوصيين بان لا يتصرفا إلا مجتمعين ويطل ما قاله بهاتين الصورتين وبهما يطل ما قاله أبو حنيفة أيضاً ومتى تعذر اجتماعهما قام الحاكم أميناً مقام الغائب

وقعت باطلة فلم نصح ، كالأول قال أوصيت بك بما في كيسي ولا شيء فيه ثم جعل في كيسه شيئاً ولأن الوصية تقتضي عبداً من الموجودين لأجل الوصية : ويحتمل أن نصح كما لو وصي له بألف لا يملكه ثم ملكه أو وصي له بثلاث عبيده ثم ملك عبيداً آخرين

وقد روى ابن منصور عن أحمد في رجل قال في مرضه أعطوا فلاناً من كيسي مائة درهم فلم يوجد في كيسه شيء . يعطى مائة درهم فلم تبطل الوصية لأنه قصد إعطاء مائة درهم وظنها في الكيس فإذا لم تكن في الكيس أعطي من غيره فكذلك يخرج في الوصية بعد من عبيده إذا لم يكن له عبيد أن يشتري له من تركته عبد ويعطى إياه

(فصل) وإن وصي لرجل بعد وصيته الوصية ويشترى له عبد أي عبد كان وإن كان له عبيد أعطاه الورثة ما شاؤوا ولا قرعة هنا لأنه لم يصف الرقيق إلى نفسه ولا جعله واحداً من عدد محصور فلم يستحق الموصى له أكثر من أقل من يسمي عبداً كما لو أقر له بعبد . قال القاضي : ولهم أن يعطوه ما شاؤوا من ذكر أو أنثى ، والصحيح عندي أنه لا يستحق إلا ذكراً فإن الله تعالى فرق بين العبيد والاماء بقوله تعالى (وأنكحوا الإيمنى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم) والمعلوف يغاير المعلوف عليه ظاهراً ، ولأنه في العرف كذلك فإنه لا يفهم من إطلاق اسم العبد إلا الذكر . ولو وكله في شراء عبد لم يكن له شراء أمة فلا تنصرف وصيته إلا إلى الذكر ، وإن وصي له بأمة أو جارية لم يكن له إلا أنثى وليس له أن يعطيه خنثى مشكلاً لأنه لا يعلم كونه ذكراً ولا أنثى ، وإن وصي له بواحد من رقيقه أو برأس مما ملكت يمينته دخل في وصيته الذكر والأنثى والخنثى

(فصل) وإن وصي له بشاة من غنمه فالحكم فيها كالحكم في الوصية بعبد من عبيده ويقع هذا الاسم على الضأن والمعز . قال أصحابنا ويتناول الصغيرة والكبيرة والذكر والأنثى لأن الشاة اسم

(فصل) إذا قال أوصيت إلى زيد فإن مات فقد أوصيت إلى عمرو وصح ذلك رواية واحدة ويكون كل واحد منهما وصياً إلى أن عمراً وصي بعد زيد لأن النبي ﷺ قال في جيش مؤتة « أميركم زيد فإن قتل فأمركم جعفر فإن قتل فأمركم عبدالله بن رواحة » والوصية في معنى التأمير وكذلك إن قال أوصيت إليك فإذا كبر ابني كان وصيي صح لذلك وإذا كبر ابنه صار وصيه ومثله لو قال أوصيت إليك فإذا ناب ابني من فسقه أو قدم من غيبته أو صح من مرضه أو اشتغل بالعلم أو صالح أمه أو رشده فهو وصيي صح الوصية إليه ويصير وصياً عند وجود هذه الشروط

﴿مسألة﴾ (وإن مات أحدهما أقام الحاكم مقامه أميناً)

قد ذكرنا أن الوصية تجوز إلى اثنين وأنه متى أوصى إليهما مطلقاً فليس لأحدهما الانفرد بالتصرف فإن مات أحدهما أوجن أو وجد منه ما يوجب عزله أقام الحاكم مقامه أميناً لأن الموصي لم يرع في نظر هذا الباقي وحده ، وإن أراد الحاكم أن يكتب الباقي منهما لم يجز له ذلك ، وذكر أصحاب الشافعي

يتناول جميع ذلك بدليل قول النبي ﷺ « في أربعين شاة شاة » يريد الذكور والاناث والصغار والكبار . وعندي أنه لا يتناول الا أنثى كبيرة الا أن يكن في بلد عرفهم يتناول ذلك ، فأما من لا يتناول عرفهم الا الاناث فان وصيته لا تتناول الا ما يسمى في عرفهم لان ظاهر حاله ارادة ما يتعارفونه ، وان وصي يكشف لم يتناول الا الذكر الكبير من الضأن ، والتيس لا يتم الا على الذكر الكبير من المعز ، وان وصي بعشرة من الغنم يتناول عشرة من الذكور والاناث والصغار والكبار

(فصل) وان وصي بجمل لم يكن الا ذكراً وان وصي بنانة لم تكن الا أنثى ، وان قال عشرة من ابلي وقع على الذكر والانثى جميعا ، وبمحتمل انه ان قال عشرة بالها . فهو لذكور وان قال عشر فهو للاناث وكذلك في الغنم لان العدد في العشرة الى الثلاثة لا مذكر بالها . وللمؤنث بغيرها قال الله تعالى (فسخرها عليهم سبع ليال وثمانية أيام) وان قال اعطاه بغيراً ففيه وجهان (أحدهما) هو لذكر وحده لانه في العرف اسم له وحده (والثاني) هو لذكر والانثى لانه في لسان العرب يتناولها جميعا ، تقول العرب حلبت البعير تربد الناقة فالجل في لسانهم كالرجل من بني آدم والناقة كالمرأة والبكرة كالفنأة وكذلك القلوص والبعير كالانسان

(فصل) وان وصي له بشور فهو ذكر وان وصي ببقرة فهي أنثى . وان وصي بدابة فهي واحدة من الخيل والبغال والحمير يتناول الذكر والانثى لان الاسم في العرف يقع على جميع ذلك ، وان قرن به ما يصرفه الى أحدهما مثل ان قال دابة يقاتل عليها أو يسهم لها انصرف الى الخيل وان قال دابة ينتغم بظورها ونسلها خرج منه البغال لانه لا نسل لها وخرج منه الذكور كذلك ، وان وصي له بحمار فهو ذكر وان وصي بانان فهي أنثى فان وصي بحصان فهو ذكر وان وصي بفرس تناول الذكر والانثى . وفي جميع ذلك اذا كان له أعداد من جنس ما وصي له به فلي قول الحرقى يكون له ذلك بالقرعة وعلى رواية ابن منصور يعطيه الورثة ماشاءوا ولا يستحق الدابة سرجا ولا للبعير رحلا الا أن يذكره في الوصية

وجهاً في جوازه لان النظر لو كان للحاكم بموت الموصي من غير وصية كان له رده الى واحد كذلك هنا فيكون ناظراً بالوصية من الموصي والامانة من جهة الحاكم

ولنا ان الموصي لم يرخص بتصرف هذا وحده فوجب ضم غيره اليه لان الوصية مقدمة على نظر الحاكم واجتهاده فان تغيرت حالها جميعاً بموت او غيره فللحاكم ان ينصب مكنهما، وهل له نصب واحد ؟ فيه وجهان (أحدهما) له ذلك لانه لما عدم الوصيان صار الامر الى الحاكم بمنزلة من لم يوص ولم يوص لاكتفى بواحد كذا ههنا ، ويفارق ما اذا كان أحدهما حياً لان الموصي بين انه لا يرخص بهذا وحده بخلاف ما اذا ماتا (والثاني) لا يجوز لان الموصي لم يرخص بواحد فلم يكنف به كما لو كان أحدهما حياً فأما ان جعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً فأتى أحدهما او خرج من الوصية لم يكن للحاكم ان يقيم مقامه اميناً لان الباقي منهما له النظر بالوصية فلا حاجة الى غيره وان ماتا او خرجا عن الوصية

(فصل) وان وصى بكلب يباح اقتناؤه صححت الوصية لان فيه نفعا مباحا وتقر باليد عليه والوصية تبرع فتصح في المال وفي غير المال من المقرق ولانه تصح هبته فتصح الوصية به كالمال ، وان كان مما لا يباح اقتناؤه لم تصح الوصية به سواء قال كلبا من كلابي او قال من مالي لانه لا يصح ابتياع الكلب لانه لا قيمة له بخلاف الشاة ، فان كان له كلب ولا مال له سواء فيه ثلثه ، وان كان له مال سواء فقد قيل للموصي له جميع الكلب وان قل المال لان قليل المال خير من الكلب لكونه لا قيمة له ، وقيل للموصي له به ثلثه وان كثر المال لان موضوع الوصية على أن يسلم ثلثا التركة للورثة وائس في التركة شيء من جنس الموصى به ، وان وصى لرجل بكلابه ولا آخر بثلاث ماله للموصي له بالثلث اثلاث وللوصي له بالكلاب ثلثها وجها واحدا لان ما حصل للورثة من ثلثي المال قد جازت الوصية فيما يقابله من حق الموصي له وهو الثلث فلا يحسب عليهم في حق الكلاب ولو وصى بثلاث ماله ولم يوص بالكلاب دفع اليه ثلث المال ولم يحسب بالكلاب على الورثة لانها ليست بمال ، واذا قسمت الكلاب بين الوارث والموصي له أو بين اثنين موصي لهما بها قسمت على عددها لانها لا قيمة لها فان تشاحوا في بعضها فيلغى أن يقرع بينهم فيه ، وان وصى له بكلب والموصي كلاب يباح اتخاذها ككلاب الصيد والماشية والحرف فله واحد منها بالقرعة أو ما أحب الورثة على الرواية الاخرى ، وان كان له كلب يباح وكلب لاراش فله الكلب المباح ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كنحو مما ذكرنا الا أنه يجعل للموصي له بكلب ما أحب الورثة دفعه اليه ، ولا تصح الوصية بكلب الهراش ولا كلب غير الكلاب الثلاثة ، وفي الوصية بالجرو الصغير وجهان بناء على جواز رييته للصيد أو للماشية وقد سبق ذكر ذلك ، ولا تصح الوصية بخنزير ولا بشي من السباع التي لا تصلح للاصطياد كالاسد والفهد والذئب لانها لا منفعة فيها ولا تصح الوصية بشيء لا منفعة فيه من غيرها

فللحاكم ان يقيم واحداً فان تغيرت حال احد الوصيين تغيراً لا يزيله عن الوصية كالمعجز عنها لضعف اوعلة او نحو ذلك او كانا ممن لكل واحد منها التصرف منفرداً فليس للحاكم ان يضم اليهما اميناً لان الباقي منهما يكفي ، الا ان يكون الباقي منهما يعجز عن التصرف وحده لكثرة العمل ونحوه فله ان يقيم اميناً ، وان كانا ممن ليس لاحدهما التصرف منفرداً فعلى الحاكم ان يقيم مقام من ضعف منهما اميناً يتصرف معه على كل حال فيصرون ثلاثة الوصيان والامين

(مسئلة) (وكذلك ان فسق وعنه يضم اليه امين)

قد ذكرنا الاختلاف في صححة الوصية الى الفاسق وان كلام الحرفي يدل على صححة الوصية اليه ويضم اليه امين وكذلك ان كان عدلاً ففسق ونقل ان منصور عن احمد نحوه ذلك فقال اذا كان الوصي متهما لم يخرج عن يده ونقل المروذي عن أحمد فيمن وصى الى رجلين ليس احدهما موضع الوصية فماله لاخر اعطاني لا يعطيه شيئاً ليس هذا بموضع الوصية فليل له اليس المريض قد رضي به ؟ فقال وان

(فصل) وإن وصى له بطبل حرب صحت الوصية به لأن فيه منفعة مباحة ، وإن كان بطبل هو لم تصح لعدم المنفعة المباحة به ، وإن كان مع ذلك إذا فصل صلح للحرب لم تصح الوصية به أيضاً لأن منفعته في الحال معدومة فإن كان يصلح لها جميعاً صحت الوصية به لأن المنفعة قائمة به ، وإن وصى له بطبل وأطلق وله طبلان تصح الوصية بأحدهما دون الآخر انصرفت الوصية إلى مانع الوصية به وإن كان له طبلان تصح الوصية بجميعها فله أخذها بالقرعة أو ماشاء الورثة على اختلاف الروايتين وإن وصى بدف صحت الوصية به لأن النبي ﷺ قل ، اعلزوا الكناج واضربوا عليه بالدف ولا تصح الوصية بمزمار ولا طنبور ولا عود من عيدان الهمول لأنها محرمة وسواء كانت فيه الاوتار أو لم تكن لأنه مهيأ لفعل المعصية دون غيرها فأشبهه ماؤه كانت فيه الاوتار

(فصل) ولو وصى له بقوس صحت الوصية فإن فيه منفعة مباحة سواء كان قوس نشاب وهو الفارسي أو نبل وهو العربي أو قوس يعجري أو قوس زنبور أو جرخ أو ندف أو بندق فإن لم يكن له إلا قوس واحد من هذه القسي تميزت الوصية فيه وإن كانت له هذه جميعها وكان في لفظه أو حاله قوسية تصرف إلى أحدها انصرف إليه مثل أن يقول قوساً يندف به أو يتعيش به أو ماشبه ذلك فهذا يصرفه إلى قوس الندف ، وإن قال بغزوه خرج منه قوس الندف والبندق ، وإن كان الموصي له نداءً لإعادة له بالرمي أو بندقاً لإعادة له بالرمي بشيء سواء أُرِمي بقوس غيره لا يرمي بسواء انصرفت الوصية إلى القوس الذي يمتثل له عادة لأن ظاهر حال الموصي أنه قصد نفعه بما جرت عادته بالاتفاق به ، وإن انتزعت القرائن فاختار أبو الخطاب أن له واحداً من جميعها بالقرعة أو ما يختاره الورثة لأن اللفظ يتناول جميعها والصحيح أن وصيته لا تنال قوس الندف ولا البندق ولا العربية في بلد لا عادة لهم بالرمي بها وهذا مذهب الشافعي إلا أنه لا يذكر العربية ويكره له واحد مما عدا هذه لأن هذه لا يطلق عليها

رضي به فظاهر هذا إبطال الوصية إليه وحل القاضي كلام الحزفي وكلام أحمد على إبقاء في الوصية على أن جنايته طرأت بعد الموت. فأما إن كانت جنايته موجودة حال الوصية إليه لم يصح لأنه لا يجوز تولية الخائن على يمين في حياته فكذلك بعده. وإن الوصية ولاية وإمانة والفسق ليس من أهلهما فلي هذا إذا كان الموصي فاسقاً فحكمه حكم من لا وصي له وينظر في ماله الحاكم وإن طرأ نسقه بعد الوصية زالت ولايته وأقام الحاكم مقامه أميناً هذا اختيار القاضي وهو قول الثوري والشافعي وإسحاق وعلى قول الحزفي لا تزول ولايته ويضم إليه أمين ينظر معه روي ذلك عن الحسن وابن سيرين لأنه يمكن حفظ المال بالأمين وتحصيل نظر الموصي بإبقائه في الوصية فيكون جمعاً بين الحقين فأما إن لم يمكن حفظ المال بالأمين تعين إزالة يد الفاسق الخائن وقطع تصرفه لأن حفظ المال على اليتيم أولى من رعاية قول الموصي الفاسد وأما التفريق بين الفسق الطاريء والمقارن فبعيد فإن الشروط تعتبر في الدوام كاعتبارها في الابتداء سيما إذا كانت لمعنى

اسم القوس في المادة بين غير أهلها حتى يصفها فيقول : قوس القطن او الذدف او قوس البندق ، وأما العربية فلا يتعارفها غير طائفة من العرب فلا يخطر ببال الموصي غالباً ويعطي القوس معمولة لها لأنها لا تسمى قوساً الا كذلك ولا يستحق وثرها لان الاسم يقع على بادونه وفيه وجه آخر أنه يعطاها بوترها لأنها لا ينتفع بها الا به فكان كجزء من أجزائها

(فصل) وان وصى له بعود وله عود لمو وغيره لم تصح الوصية لان اطلاقها ينصرف إلى عود اقله ولا تصلح الوصية به لعدم النفع المباح فيه وان لم يكن له إلا عيدان قدي أو عود يشجر به أو غيره من العيدان المباحة صحت الوصية وانصرفت اليها لعدم غيرها وتعينها مع إباحتها وان وصى له بحجرة فيها خمر صحت الوصية بالحجرة وبطلت في الخمر لان في الحجرة نفعاً مباحاً والخمر لا نفع فيه مباح فصحت الوصية بما فيه المنفعة المباحة كما لو وصى له بخمر وخل وان وصى له بخمر في حجرة لم تصح لان الذي أضاف الوصية اليه الخمر ولا تصح الوصية به

﴿مسئلة﴾ (قال واذا أوصى له بشيء بعينه فتلف بعد موصى الموصي لم يكن للموصى له شيء وان تلف المال كله الا الموصى به فهو للموصى له

اجمع أهل العلم ممن علمنا قوله على أن الموصى به إذا تلف قبل موت الموصي او بعده فلا شيء للموصى له كذلك حكاه ابن المنذر فقال اجمع من احتفظ عنه من أهل العلم على ان الرجل اذا اوصى له بشيء فهلك ذلك الشيء ان لا شيء له في سائر مال الميت وذلك لان الموصى له إنما يستحق بالوصية لا غير وقد تلفت بمعين وقد ذهب فذهب حقه كما لو تلف في يده والتركه في يد الورثة غير مضمونة عليهم لأنها حصلت في ايديهم بغير فعلهم ولا تفريطهم فلم يضمنوا شيئاً وان تلف المال كله سواء فهو للموصى له لان حق الورثة لم يتعلق به لتعيينه للموصى له وذلك يملك اخذه بغير رضاهم وادبهم فكان

يحتاج اليه في الدوام واذا لم يكن بدمن التفريق فاعتبار الصدالة في الدوام اولى من قبل ان الفسق اذا كان موجود حال الوصية فقد رضي به الموصي مع علمه بحاله واوصى اليه راضياً بتصرفه مع فسقه فيشعر ذلك بأنه علم ان عنده من الشفقة على اليتيم ما يمنعه من التفريط فيه وحياته في ماله بخلاف ما اذا طرأ الفسق فانه لم يرض به تلك الحال والاعتبار برضائه الآتري انه اذا وصى الى واحد جاز له التصرف وحده ولو وصى الى اثنين لم يحجز الواحد التصرف

(فصل) اذا تغيرت حال الموصى اليه بموت او فسق او جنون او فسق فقد ذكرنا حكمه ، فان تغيرت حاله قبل الموت وبعد الوصية ثم عاد فكان عند الموت جامعاً لشروط الوصية صحت الوصية اليه لان الشروط موجودة حال العقد والموت صحت الوصية كما او لم تنغير حاله ويحتمل ان تبطل لان كل حالة منها حالة للقبول والرد فاعتبرت الشروط فيها فأما ان زالت بعد الموت فانزل ثم عاذ فسكل الشروط لم تعد وصية لأنها زالت فلا تعود الا بعقد جديد

حقه فيه دون سائر المال وحقوقهم في سائر المال دونه فأبها تلف حقه لم يشارك الآخر في حقه كالأول
كان التلف بعد أن أخذ الموصي له وقبضه وكالورثة إذا اقتسموا ثم تلف نصيب أحدهم قال أحمد
فيمن خلف مائتي دينار وبعداً قيمته مائة ووصى لرجل بالعبد فسرقت الدنانير بعد الموت
فالعبد للموصي له به .

(فصل) وإن وصى له بمدين فاستحق بعضه أو ملك فله ما بقي منه إن حمله الثلث وإن وصى له
بثلث عبد أو ثلث دار فاستحق الثلثان منه فالثلث الباقي للموصي له وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي
لأن الباقي كله موصى به وقد خرج من الثلث فاستحقه الموصي له كالأول كان شيئاً معيناً ، وإن وصى
له بثلاثة أعبد فملك عبدان أو استحقا فليس له إلا ثلث الباقي وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي لأنه
لم يوص له من الباقي بأكثر من ثلاثة وقد شرك بينه وبين ورثته في استحقاقه

﴿مسألة﴾ (قل ومن أوصى له بشيء فلم يأخذه زماناً قوم وقت الموت لا وقت الأخذ)

وجماته إن الاعتبار في قيمة الموصى به وخروجها من الثلث أو عدم خروجها بحالة الموت لأنها
حال لزوم الوصية فتعتبر قيمة المال فيها وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي ولا أعلم فيه خلافاً فينظر
فإن كان الموصى به وقت الموت ثلث التركة أو دونه نفذت الوصية واستحقه الموصى له كله فإن
زادت قيمته حتى صار معادلاً لسائر المال أو أكثر منه أو هلك المال كله سواء فهو للموصى له لا شيء
لورثة فيه فإن كان حين الموت زائداً عن الثلث فلم يوصى له منه قدر ثلث المال فإن كان نصف المال
فالموصى له ثلثه وإن كان ثلثه فلم يوصى له نصفه وإن كان نصف المال وثلثه فلم يوصى له خمساه
فإن نقص بعد ذلك أو زاد أو نقص سائر المال أو زاد فليس للموصى له سوى ما كان له حين الموت
فأوصى بعبد قيمته مائة وله مائتان فزادت قيمته بعد الموت حتى صار يساوي مائتين فهو للموصى

(فصل) فأما العدل الذي يجز عن النظر لعله أو ضعف فإن الوصية تصح إليه ويضم الحاكم إليه
أميناً ولا يزبل يده عن المال ولا نظره لأن الضعيف أهل للولاية والأمانة فصحت الوصية إليه وهكذا إن
كان قويا تحدث فيه ضعف أو علة ضم الحاكم إليه يداً أخرى ويكون الأول الوصي دون الثاني وهذا
معاون لأن ولاية الحاكم إنما تكون عند عدم الموصى إليه وهذا قول الشافعي وأبي يوسف وما لم فيه مخالفاً
(مسألة) (ويصح قبوله للوصية ورده في حياة الموصي) لأنه أذن في التصرف فصح قبوله بعد العقد
كالتوكيل بخلاف الوصية له فلها تملك في وقت فلم يصح القبول قبل الوقت ويجوز تأخير القبول إلى
ما بعد الموت لأنها نوع وصية فصح قبولها بعد الموت كالوصية له ومتى قل صار وصياً

(مسألة) (وله عزل نفسه متى شاء) مع القدرة والعجز في حياة الموصي وبعد موته في حضوره وغيبته
وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يجوز له ذلك بعد الموت ولا يجوز في حياته إلا بحضرته لأنه
غره بالإنزام وصيته ومنعه بذلك الإيهام إلى غيره وعن أحمد أنه لا يجوز له عزل نفسه بعد الموت ذكره

له كله، وإن كانت قيمته حين الموت مائتين فللموصى له ثلثاه لأنها ثلث المال فإن نقصت قيمته بعد الموت حتى صار يساوي مائة لم يزد حق الموصى له عن ثلثة شيئاً إلا أن يحيز الورثة، وإن كانت قيمته أربع مائة فللموصى له نصفه لا يزداد حقه عن ذلك سواء نقص العبد أو زاد أو نقص المال أو زاد

(فصل) والعطايا في مرضه يعتبر خروجه من الذلث حين الموت نقل صالح بن أحمد عن أبيه فيمن له ألف درهم وعبد قيمته ألف فأعتق العبد في مرض موته وانفق الدراهم عتق من العبد ثلثة فأعتبر ماله حين الموت من العبد لا فيما قبله فلما لم يكن له حين الموت إلا العبد لم يعتق منه إلا ثلثه ولو لم يتلف الألف لعتق منه ثلثاه ، ولو زاد ماله قبل موته حتى بلغ ألفين لعتق العبد كله لخروجه من الذلث وإن كسب العبد شيئاً كان كسبه بينه وبين الورثة على قدر ما فيه من الحرية والرق ويدخله الدور وقد ذكرنا ذلك فيما مضى وإن تلف من التركة شيء بفعل مضمون على الورثة حسب عليهم من التركة (فصل) وإن وصى بمعين حاضر وسائر ماله دين أو غائب فليس للموصى أخذ المعين قبل قدوم الغائب أو استيفاء الدين لأنه ربما تلف فلا تنفذ الوصية في المعين كله وظاهر كلام الحرقي أن للموصى ثلث المعين ذكره في المدبر وقيل لا يدفع إليه شيء لأن الورثة شركاؤه في التركة فلا يحصل له شيء ما لم يحصل للورثة مثله ولم يحصل لهم شيء وهذا وجه لأصحاب الشافعي والصحيح أن له الثلث لأن حقه فيه مستقر فوجب تسليمه إليه لعدم الفائدة في وقفه كما لو لم يخلف غير المعين ولأنه لو تلف سائر المال لوجب تسليم ثلث المعين إلى الوصي وليس تلف المال سبباً لاستحقاق الوصية وتسليمها ولا يمنع نفوذ الوصية في الثلث المستقر وإن لم ينتفع الورثة بشيء كما لو أبرأ معسراً من دين عليه وقال مالك بخير الورثة بين دفع العين الموصى بها وبين جعل وصيته بثلث المال لأن الموصى كان له أن يوصي بثلث ماله فعدل إلى المعين وليس له ذلك لأنه يؤدي إلى أن يأخذ الموصى له المعين فينفرد بالتركة

ابن أبي موسى في الإرشاد لما ذكرنا: ولنا أنه متصرف بالآن فكان له عزل نفسه كالوكيل (مسئلة) (وللموصى عز له ديني شاء) لأنه متصرف بأذنه فكان له عزل كلوكله عزل وكيه متى شاء ﴿مسئلة﴾ (وليس للموصى أن يوصي إلا أن يجعل ذلك إليه وعنه له ذلك) وجملة ذلك أنه إذا وصى إلى رجل وأذن له في الإيضاء إن شاء نحو أن يقول أذن لك إلى أن توصي إلى من شئت أو كل من أوصيت إليه فقد أوصيت إليه أو فهو وصيي صح وبه قال أكثر أهل العلم وحكي عن الشافعي في أحد أقواله أنه قال ليس له أن يوصي لأنه يلي بتولية فلا يصح أن يوصي كالوكيل

ولنا أنه ماذون له في الأذن في التصرف فجاز له أن يأذن لغيره كالوكيل إذا أمر بالتوكيل فالوكيل حجة عليه من الوجه الذي ذكرناه فإن وصى إليه وأطلق فلم يأذن له ولم ينه عنه ففيه روايتان (أحدهما) له أن يوصي إلى غيره وهو قول مالك وإبي حنيفة وإبي يوسف لأن الأب أقامه مقام نفسه فكان له الوصية كالأب الثاني ليس له ذلك اختاره أبو بكر وهو مذهب الشافعي وأحق وهو الظاهر من قول الحرقي

(المغني والشرح الكبير) إذا كان الدين مثل العين فوصى لرجل بثلاثة فلا شيء له قبل استيفاء الوصية ٥٨٩

على تقدير تلف الباقي قبل وصوله إلى الورثة فيقال للورثة إن رضى بذلك وإلا فمردود إلى ما كان له أن يوصى به وهو الثلث

ولنا أنه أوصى بما لا يزيد على الثلث لاجنبى فوق لازماً كما لو وصى له بمشاع وما قاله لا يصح لأن جعل حقه في قدر الثلث اشاعة وإبطال لما عينه فلا يجوز إسقاط ما عينه الموصى للموصى له ونقل حقه إلى ما لم يوص به كما لو وصى له بمشاع لم يجوز نقله إلى معين وكما لو كان المال كله حاضراً أو غائباً إذا ثبت هذا فإن للموصى له ثلث العين الحاضر وكما اقتضى من دينه شيء أو حضر من الغائب شيء فللموصى له بقدر ثلثه من الموصى به كذلك حتى يكمل الموصى له الثلث أو يأخذ العين كله، فلو خلف تسعة عيناً وعشرين ديناً وأبنا ووصى بالتسعة لرجل فللموصى ثلثها ثلاثة وكما اقتضى من الدين شيء فللموصى ثلثه فإذا اقتضى ثلثه فله من التسعة واحد حتى يقتضى ثمانية عشر فيكمل له التسعة، وإن جحد الغريم أو مات أو يئس من استيفاء الدين أخذ الورثة الستة الباقية من العين ولو كان الدين تسعة فإن الابن يأخذ ثلث العين ويأخذ الوصي ثلثها ويبقى ثلثها موقوفاً كما استوفى من الدين شيء فللموصى من العين قدر ثلثه فإذا استوفى الدين كله كمل للموصى له ستة وهي ثلث الجميع وإن كانت الوصية بنصف العين أخذ الوصي ثلثها وأخذ الابن نصفها وبقي سدسها موقوفاً حتى اقتضى من الدين مثليه كملت الوصية.

(فصل) فإن كان الدين مثل العين فوصى لرجل بثلاثة فلا شيء له قبل استيفاء الوصية فكما اقتضى منه شيء فله ثلثه وللأبن ثلثه وهذا أحد قولي الشافعي وقال في الآخر هو أحق بما يخرج من الدين حتى يستوفى وصيته وهذا قول أهل العراق لأن ذلك يخرج من ثلث المال الحاضر ولنا أن الورثة شركاؤه في الدين وليس معهم شركة في العين فلا يختص بما خرج منه دونهم كما

لقوله ذلك في التوكيل لأنه تصرف بتولييه فلم يكن له ذلك التفويض كالوكيل ويخالف الأب لأنه يلي غير توليه (فصل) ويجوز أن يجعل للموصى جملتها بجزء الوصية أو الوكالة تجوز بجعل فكذلك الوصية، وتقل إسحاق بن إبراهيم في الرجل يوصى إلى الرجل ويجعل له دراهماً مسواة فلا بأس ومقاسمة الوصي الموصى له جائزة على الورثة لأنه نائب عنهم ومقاسمته للورثة على الموصى له لا تجوز لأنه ليس نائباً عنه (فصل) إذا اختلف الوصيان عند من يجعل المال منهما لم يجعل عند واحد منهما ولم يقسم بينهما وجعل في مكان تحت أيديهما جميعاً لأن الموصى لم يأمن أحدهما على حفظه ولا التصرف فيه وقال مالك يجعل عند أحدهما وقال أصحاب الرأي يقسم بينهما وهو المنصوص عن الشافعي إلا أن أصحابه اختلفوا في مراده بكلامه فقال بعضهم إنما أراد إذا كان كل واحد موصى إليه منفرداً وقال بعضهم بل هو عام فيهما

ولنا أن حفظ المال من جملة الموصى به فلم يجوز لأحدهما الإفراد به كالتصرف ولأنه لو جاز لكل

لو كان شريكاً في الدين وصياً آخر أو كما لو وصى لرجل بالعين وله ولاً آخر بالدين فإن المنفرد بوصية الدين لا يختص بما خرج منه له دون صاحبه كذا هنا .

(فصل) ولو وصى لرجل بثالث ماله وله مائتان ديناً وعبد يساوي مائة ووصى لآخر بثالث العبد اقتسما ثلث العبد نصفين وكلما اقتضى من الدين شيء فللموصى له بثالث المال ربه وله وللآخر من العبد بقدر ربع ما استوفي بينهما نصفين فإذا استوفي الدين كله لكل للوصين نصف العبد ولصاحب الثلث ربع المائتين وذلك هو ثلث المال وإن استوفي الدين قبل القسمة قسمنا بينهما كذلك للموصى له بالثلث ربع المائتين وربع العبد والموصى له بثلث العبد ربه لأن الوصيتين أربعة اتساع المال والجائز منها ثلث المال وهو ثلاثة اتساع وذلك ثلاثة أرباع وصيتهما فرددنا كل واحد منهما إلى ثلاثة أرباع وصيته وهي ربع المال كله لصاحب ثلثه وربع العبد لصاحب ثلثه وفي المسئلة أقوال سوى ما قلناه تركناها لطولها وهذا أسدّها إن شاء الله لا اتنا أدخلنا التقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية وكملنا لهما الثلث وإن أجيز لهما أخذ كل واحد منهما ما بقي من وصيته وهو ربعها فيكمل ثلث المال لصاحبه وثلث العبد للآخر

(فصل) وإن خلف ابنين وترك عشرة عيناً وعشرة ديناً على أحد أبيه وهو معسر ووصى لاجنبي بثالث ماله فإن الوصي والابن الذي لا دين عليه يقتسمان العشرة العبن نصفين ويسقط عن المدين ثلثا دينه ويبقى لهما عليه ثلثه فإن كانت الوصية بالربع قسمت العشرة العبن بينهما أخصاً للموصي خمساً وأربعة والابن ستة وسقط عن المدين ثلاثة أرباع دينه وبقي عليه ربه فإذا استوفي قسم بينهما أخصاً كما قسم العبن لأن الوصية بالربع وهو ثمان ويبقى ستة ثمان لكل ابن ثلاثة ثمان فصار نصيب الوصي والابن الذي لا دين

واحد منهما أن ينفرد بحفظ بعضه لجاز له أن ينفرد بالتصرف في بعضه

(مسئلة) (ولا تصح الوصية إلا في معلوم يملك الموصي فعله كقضاء الدين وتفريق الوصية والنظر في أمر الأطفال) لأن الوصي يتصرف بالأذن فلم يجز إلا في معلوم يملك الموصي فعله كالوكالة فيجوز أن يوصي إليه بقضاء ديونه واقتضائها ورد الودائع واستردادها لأنه يملك ذلك فملك وصية فأما انظر لورثته في أموالهم فإن كان ذا ولاية عليهم كأولاده الصغار والمجانين ومن لم يؤنس رشده فله أن يوصي إلى من ينظر لهم في أموالهم بحفظها ويتصرف لهم فيها بما لهم الحظ فيه، فأما من لا ولاية له عليهم كالغلاء الراشدين وغير أولاده من الأخوة والأعمام وسائر من عدا الأولاد فلا تصح الوصية عليهم لأنه لا ولاية للموصي عليهم في الحياة فلا يكون ذلك لتأنيه بعد الممات ولا نعلم في هذا كله خلافاً وبه يقول أبو حنيفة والشافعي ومالك إلا أن أبا حنيفة والشافعي قالوا للجد ولاية على ابن ابنه وإن سفل لأن له ولادة وتعصياً فأشبه الأب ولأصحاب الشافعي في الأم عند عدم الأب والجد وجهان (أحدهما) لها ولاية لأنها أحد الابوين فأشبهت الأب

عليه خمسة ائمان للابن ثلاثة والوصي سهمان فلذلك قسمنا الدين وما حصل لما من الدين بينهما اخصاً وسقط عن المدين ثلاثة ارباع ما عليه لانه له ثلاثة ائمان وهي ثلاثة ارباع النصف الذي عليه

(فصل) ونعاه العين الموصى بها ان كان متصلاً كالسكن وتسلم صنعة فهو تابع للعين ويكون الموصى له اذا احتمله الثلث، وان كان منفصلاً كالولد والفرقة في حياة الموصي فهو له بصير الى ورثته لانه ملكه وما حدث بعد الموت وقبل القبول فينبني على الملك في الموصى له والصحيح انه للورثة والاخر هو الموصى له فيكون النماء لمن الملك له والله اعلم بالصواب

(مسئلة) قال (واذا وصى بوصايا فيها عتاقة فلم يف الثلث بالكل محاصوافي الثلث وادخل النقص على كل واحد منهم بقدر ماله في الوصية)

اما اذا خلت الوصايا من العتق ونجاوزت الثلث ورد الورثة الزيادة فان الثلث يقسم بين الموصي لهم على قدر وصاياهم ويدخل النقص على كل واحد بقدر ماله من الوصية على مثال مسائل العول اذا زادت الفروض عن المال فلو وصى لرجل بثلث ماله ولا آخر بمائة ولا آخر بمعين قيمته خمسون ووصى بفداء أسير بثلاثين ولعمارة مسجد بشرين وثلث ماله مائة جمعت الوصايا كلها فوجدتها ثلاثمائة ونسبت منها الثلث فتجده ثلثها فتعطي كل واحد منهم ثلث وصيته فلصاحب الثلث ثلث المائة وكذلك لصاحب المائة ويرجم صاحب الخمسين الى ثلثها وفداء الاسير عشرة ولعمارة المسجد ستة وثلثان فاما ان كان فيها عتق فمن احمد فيها روايتان (احدهما) ان يقسم الثلث بين جميع الوصايا بالعتق وغيره سواء ويقسم بينهم على ما ذكرنا وهذا قول ابن سيرين والشعبي وابي ثور لانهم تساووا في سبب الاستحقاق فتساووا فيه كسائر الوصايا والرواية الثانية يقدم العتق ويبدأ به فان فضل منه شيء قسم بين سائر اهل الوصايا على قدر وصاياهم

ولنا ان الجدد يدلي بواسطة أشبه الأخ والعلم بخلاف الاب فانه يدلي بنفسه ويحبب الجدد ويخالفه في منزلته وحجبه فلا يصح إلحاقه به ولا قياسه عليه وأما المرأة فلا تلي لانها قاصرة لا تلي النكاح بحال ولا تلي مال غيرها كالمعد

(مسئلة) (واذا وصى اليه في شيء لم يصير وصياً في غيره)

يجوز أن يوصى إلى رجل بشيء دون شيء مثل أن يوصي اليه بتفريق ثمنه دون غيره أو بقضاء ديونه أو بالنظر في أمر أطفاله حسب فلا يكون له غير ما جعل اليه ويجوز أن يوصى إلى إنسان بتفريق وصيته وإلى آخر بقضاء ديونه وإلى آخر بالنظر في أمر أطفاله فيكون لكل واحد ما جعل اليه دون غيره ومتى أوصى اليه بشيء لم يصير وصياً في غيره، وهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يكون وصياً في كل ما يملكه الموصى لان هذه ولاية تنتقل من الأب بموته فلا تتبع كولاية الجد

ولنا أنه استفاد التصرف بالاذن من جهة الأذن فكان مقصوراً على ما أذن فيه كالوكيل وولاية الجد ممنوعة ثم تلك ولاية استفادها بقرابته وهي لا تبعض والاذن يتبع قاتراً

وروي هذا عن عمر وبه يقول شريح ومسروق وعطاء الخراساني وقادة والزهري ومالك والثوري
واسحاق لان فيه حقاً لله تعالى وحقاً لآدمي فكان آكد ولانه لا يلحقه فسخ ويلحق غيره ذلك ولانه
اقوى بدليل سرايته وقوده من الراهن والمفلس وروي عن الحسن والشافعي كالروايتين
(فصل) والمطايا المعلقة بالموت كقوله اذا مت فاعطوا فلانا كذا أو اعتقوا فلانا ونحوه وصايا حكمها
حكم غيرها من الوصايا في التسوية بين مقدمها ومؤخرها والخلاف في تقديم العتق منها بخلاف المطايا المنجزة
فانه يقدم الاول منها فالاول لانها تلزم بالفعل والمؤخرة تلزم بالموت فتساوى كلها

(فصل) واذا وصى بعتق عبده لزم الوارث اعتاقه فان ابى اجبره الحاكم عليه لانه حق وجب
عليه فأجبر عليه كتنفيذ الوصية بالعطية فان اعتقه الوارث او الحاكم فهو حر من حين اعتقه لانه حينئذ
عتق وولاؤه للموصي لانه السبب وهؤلاء نواب عنه ولهذا لزمهم اعتاقه كرها وان كانت الوصية بعتقه
الى غير الوارث كان الاعتاق اليه لانه نائب الموصي في اعتاقه فلم يملك ذلك غيره اذا لم يمنع منه كالوكيل في الحياة
(مسألة) قال (ومن وصى بفرس في سبيل الله والف درهم تنفق عليه فمات الفرس

كانت الالف للورثة وان انفق بمضمار رد الباقي الى الورثة)

انما كان كذلك لانه عين للوصية جهة فاذا قامت ماد الموصى به الى الورثة كما لو وصى بشراء
عبد زيد يعتق فمات العبد او لم يبعه سيده ، وان انفق بعض الدراهم ثم مات الفرس بطلت الوصية في الباقي
كما لو وصى بشراء عبيدين فمات احدهما قبل شرائه قال الاثرم سمعت ابا عبد الله يستل عن رجل اوصى
بأنف درهم في السبيل أيجعل في الحج منها شيء ؟ فقال لا انما يعرف الناس السبيل الغزو
(فصل) واذا قال نخدم عبدي فلانا سنة ثم هو حر صحت الوصية فان قال الموصى له بالخدمة

(فصل) ولا بأس بالدخول في الوصية فان الصحابة رضي الله عنهم كان بعضهم يوصي الى بعض
فيقبلون الوصية فروي عن أبي عبيدة أنه لما عبر الفرات أوصى الى عمرو وأوصى الى الزبير سنة من أصحاب النبي ﷺ
عثمان وابن مسعود والمقداد وعبد الرحمن بن عوف ومطيع بن الاسود وآخر وروي عن ابن عمر أنه
كان وصياً لرجل ، وفي وصية ابن مسعود : ان حدث بي حادث الموت من مرضي هذا ان مرجم وصيتي
الى الله عز وجل ثم الى الزبير بن العوام وابن عبد الله ولانها وكالة وأمانة فأشبهت الوديعة والوكالة في
الحياة وقياس مذهب أحمد ان ترك الدخول فيها أولى لما فيها من الخطر وهو لا يعدل بالسلامة شيئاً
ولذلك يرى ترك الالتقاط وترك الاحرام قبل الميقات أفضل طلباً للسلامة واجتناباً للخطر وقد روي
أن النبي ﷺ قال لابي ذر « اني اراك ضعيفاً واني أحب لك ما أحب لنفسي فلا تأمرن على اثنين ولا
تولين مال يتيم » أخرجه مسلم

(فصل) فان مات رجل لا وصي له ولا حاكم في بلده فظاهر كلام أحمد رحمه الله أنه يجوز لرجل

لا قبل الوصية اوقال قد وهبت الخدمة له لم يتق في الحال وبهذا قال الشافعي، وقال مالك ان وهب الخدمة للعبد عتق في الحال

ولنا أنه أرقم العتق بعد مضي السنة فلم يقع قبله كما لو رد الوصية .

(فصل) وإذا أوصى لعمه بثلاث ماله ولخاله بعشرة فردت وصيتهما فتحصلا في الثلث فاصاب الحال ستة فاضرب الذي اصابه في وصيته وذلك ستة في عشرة تكن ستين واقسمه على الفاضل بينهما يخرج بالقسمة خمسة عشر فهي الثلث، وان شئت قلت قد اصاب الحال ثلاثة أخماس وصيته يبقى من الثلث خمسة وهي تعدل ما اصاب الخال فزد على ما اصاب الخال مثل نصفه وهو ثلثه يصير تسعة فهي الذي اصاب العم ، وان قال اصاب العم الربع فقد اصابه ثلاثة أرباع وصيته وبقي من الثلث نصف سدس يعدل ثلاثة أرباع وصية الخال وذلك سبعة ونصف ولعم ثلاثة أمثاله اثنان وعشرون ونصف والمال كله تسعون ، وان قال اصاب الخال خمس المال فقد بقي من الثلث خمسة عشر فيكون الحاصل للخال خمسة عشر وصيته أيضا وذلك أربعة دنانير ووصية العم مثل ثلثيها ديناران وثلثان والثلث كله ستة وثمانون والمال كله عشرون فان كان معهما وصية بسدس المال وصاب الخال ستة فهي ثلاثة أخماس وصيته فلكل واحد من الآخرين ثلاثة أخماس وصيته وذلك تسعة أعشار الثلث يبقى منه عشرة تعدل ما حصل للعم وهو ستة فالثلاث ستون ، وان اصاب صاحب السدس عشر المال فقد اصاب صاحب الثلث خمسة يبقى من الثلث أيضا عشرة فهو وصية الخال وذلك ثلاثة أخماس وصيته ستة فيكون الثلث ستين كما ذكرنا . نوع آخر خلف ثلاثة بنين ووصى لعمه بمثل نصيب اقدم الا ثلث وصية خاله ولخاله بمثل نصيب اقدم الا ربع وصية عمه فاضرب عمه بخرج الثلث في مخرج الربع يكن اثني عشر انقصها سهما يبقى أحد عشر فهي نصيب ابن انقصها سهمين يبقى تسعة فهي

من المسلمين أن يتولى أمره ويبيع ما دعت الحاجة الى بيعه فان صالحا نقل عنه في رجل بارض عربية لا قاضي بها مات وخلف جوارى ومالا انرى لرجل من المسلمين بيع ذلك؟ فقال اما المنافع والحيوان فان اضطروا الي بيعه ولم يكن قاض فلا بأس واما الجوارى فأحب أن يتولى بيعهن حاكم من الحكام وانما توقف عن بيع الاماء على طريق الاختيار احتياطاً لان بيعهن يتضمن لإباحة فرج وأجازيع ذلك لانه موضع ضرورة

(مسئلة) (وإذا أوصى اليه بفرقة ثلثة فأبى الورثة اخراج ثلث ما في أيديهم ففيه روايتان) (احدهما) يخرج الثلث كله مما في يده نقلها أبو طالب لان حق الموصى له متعلق باجزاء التركة فجاز أن يدفع اليه مما في يده كما يدفع الى بعض الورثة (والاخرى) يدفع اليه ثلث ما في يده ولا يعطيه شيئاً مما في يده حتى يخرجوا ثلث ما في أيديهم نقلها أبو الحارث لان صاحب الدين اذا كان في يده مال لم يملك استيفاءه مما في يده كذا هنا ويمكن حمل الروايتين على اختلاف حالين فالرواية (المغني والشرح الكبير) (٧٥) (الجزء السادس)

وصية الخال وإن قصصها ثلاثة بقي ثمانية فهي وصية العم وبالجبر تجعل مع العم أربعة دراهم ومع الخال ثلاثة دنانير ثم تزيد على الدرهم ديناراً وعلى الدنانير درهما يبلغ كل واحد منهما نصيباً اجبر وقابل وأسقط المشترك يبقى معك ديناران تعدل ثلاثة دراهم فاقرب وحول تصير الدرهم ثمانية والدنانير تسعة كما قلنا : وإن أوصى لعمه بعشرة الأربع وصية خاله وخاله بعشرة الأربع وصية عمه فاضرب مخرج الربع في مخرج الخمس يكن عشرين انقصها سهمها تكن تسعة عشر فهي المقسوم عليه ثم اجعل مع الخال أربعة وانقصها سهمها يبقى ثلاثة اضربها في العشرة ثم فيما مع العم وهو خمسة يكن مائة وخمسين انقصها على تسعة عشر يخرج سبعة وسبعة عشر جزءاً من تسعة عشر فهي وصية عمه واجعل مع العم خمسة وانقصها سهمها واضربها في عشرة ثم في أربعة تكن مائة وستين وانقصها تكن ثمانية وثمانية أجزاء فهي وصية خاله

(طريق آخر) تنقص من العشرة ربعها وتضرب الباقي في العشرين ثم تقسمها على تسعة عشر وتنقص منها خمسها وتضرب الباقي في عشرين وتقسمها وبالجبر تجعل وصية الخال سناً ووصية العم عشرة الأربع شيء فخذ خمسها فزده على الشيء وهو سهمان لا نصف عشر شيء بعدل عشرة فأسقط المشترك من الجانبين تصير ثمانية وثمانية أجزاء من تسعة عشر إذا أسقطت ربعها من العشرة بقيت سبعة وسبعة عشر جزءاً وإن وصى لعمه بعشرة لا نصف وصية خاله بعشرة الأربع وصية عمه وخاله بعشرة الأربع وصية عمه فوصية عمه ستة وخمسان ووصية خاله سبعة وخمسة وخمسة وثمانية وخمسان وبايها أن تضرب الخارج بعضها في بعض فتضرب اثنين في ثلاثة في أربعة تكن أربعة وعشرين تزيدها واحداً تكن خمسة وعشرين فهذا هو المقسوم عليه ثم تنقص من الاثنين واحداً وتضرب واحداً في ثلاثة ثم تزيدها واحداً وتضربها في أربعة تكن ستة عشر ثم اضربها في عشرة تكن مائة وستين

الاولى محمولة على ما اذا كان المال جنساً واحداً فللوصي أن يخرج الثلث كله مما في يده لانه لا فائدة في انتظار اخراجهم مما في أيديهم مع اتحاد الجنس (والرواية الثانية) محمولة على ما اذا كان المال أجناساً فان الوصية تعلق بثلاث كل جنس فليس له أن يخرج عوضاً عن ثلث ما في أيديهم مما في يده لانه معاوضة لا تجوز الا برضاهم والله أعلم

(مسئلة) (وان أوصاه بقضاء دين معين فأبى الورثة ذلك قضاء بغير علمهم)

لانه واجب سواء رضوا به أو أبوه فاذا أبوه قضاء كما لو وصى لرجل معين بخروج من الثلث فلم يقبلوا الوصية فإنه يدفع اليه وصيته بغير رضاهم ولا يعتبر علمهم كذا هنا وعن أحمد فيمن عليه دين لميت وعلى الميت دين أنه يقضي دين الميت ان لم يخف يمه يعني اذا خاف أن يطلبه الورثة بما عليه وينكروا الدين الذي على مودوهم فلا يقضيه لانه لا يأمن رجوعهم عليه وان لم يخف ذلك قضى دين الميت الذي عليه بهين الميت الذي له لما فيه من قربة ذمته وذمة الميت

واقسمها على خمسة وعشرين يخرج بالقسم ستة وخمسان فهي رصية الم وانقص الثلاثة واحد يبقى اثنان اضربها في الاربعة تكن ثمانية زدها واحد واضربها في اثنين ثم في عشرة تكن مائة وثمانين واقسمها على خمسة وعشرين ثم انقص من الاربعة واحدا واضرب الالفة في اثنين ثم زدها واحدا تكن سبعة اضربها في ثلاثة ثم في عشرة تكن مائتين وعشرة مقسومة على خمسة وعشرين

(طريق آخر) نجعل مع الم أربعة أشياء ومع الخال دينارين ومع الجد ثلاثة دراهم ثم نضم الى ماع الم ديناراً أو الى ماع الخال درهماً وتقابل ماع أحدهما بما مع الآخر وتسقط المشترك فيصير أربعة أشياء تعدل ديناراً ودرهماً فاسقط لفظة الاشياء واجعل مكانها ديناراً أو درهماً ثم قابل ما مع الخال بما مع الجد بعد الزيادة وهو ديناران ودرهم مع الخال ثلاثة دراهم وربع درهم وربع دينار مع الجد فإذا اسقطت المشترك بقي درهماً وربع معادلة للدينار وثلاثة أرباع فابسط الكل أربعاً نصر سبعة أرباع من الدينار تعدل تسعة من الدراهم فاقب واجعل الدراهم سبعة والدينار تسعة ثم ارجع الى ما فرضت فتجد مع الم درهماً وديناراً بستة عشر ومع الخال ثمانية عشر ومع الجد أحد وعشرون والعشرة الكاملة خمس وعشرون والستة عشر منها ستة وخمسان والثمانية عشر سبعة وخمس والاحد وعشرون ثمانية وخمسان فإن كان معهم أخ ووصية الجد عشرة الا ربع ما مع الاخ ووصية الاخ عشرة الا خمس ما مع الم فهذه الطريق نجعل مع الم خمسة أشياء ومع الخال دينارين ومع الجد ثلاثة دراهم ومع الاخ أربعة أفلس ثم تقابل ماع الم بما مع الخال كما ذكرنا ونجعل الاشياء ديناراً ودرهماً ثم تقابل ما مع الخال بما مع الجد فتجعل الدينارين درهين وفلساً ثم تقابل ما مع الجد بما مع الاخ فتخرج الفلس ستة وعشرين والدرهم احداً وثلاثين والدينار أربعة وأربعين فتبين أن مع الم خمسة وسبعين ومع الخال ثمانية وثمانين ومع الجد ثلاثة وتسعون ومع الاخ مائة وأربعة ، اذا زدت على ما مع كل واحد ما استنتيته منه صار معه مائة وتسع عشرة وهي العشرة الكاملة فصارت رصية الم ستة وستة

(فصل) إذا علم الموصى اليه أن على الميت ديناً إما بوصية الميت أو غيرها فقال أحد لا يقضيه إلا ببيته قيل له فإن كان ابن الميت يصدق له قال يكون ذلك في حصة من أقر بقدر حصته، وقال في من استودع رجلاً ألف درهم فقال ان أنا مت فادفعها الى ابني الكبير وله ابنان أو قال ادفعها الى أجنبي فقال ان دفعها الى أحد الابنين ضمن للآخر قدر حصته وان دفعها الى الآخر ضمن ولعل هذا من أحد فبما إذا لم يصدق الورثة الوصي ولم يقرؤا فلم يقبل قوله عليهم وليس له الدفع بنير لأنهم لان قوله أقر عندي وأذن لي إثبات ولأنه فلا يقبل قوله فيه ولا شهادته لأنه يشهد لنفسه بالولاية وقد نقل أبو داود في رجل أوصى أن لفلان علي كذا فينبغي للوصي أن ينفذه ولا يحل له إن لم ينفذه فهذه المسئلة محمولة على أن الورثة يصدقون الوصي أو المدعي أو له يئنه بذلك جمعاً بين الروايتين وموافقة الدليل قيل لا حمد فإن علم الموصى اليه لرجل حقاً على الميت فجاء الغريم يطالب الوصي وقدمه إلى القاضي ليستعطفه أن مالي في يدك حق فقال لا يحلف ويعلم القاضي بالقضية فإن أعطاه القاضي

وثلاثين جزءاً ووصية الحال سبعة وسبعة وأربعين جزءاً ووصية الجد سبعة وسبعة وتسعين جزءاً ووصية الاخ ثمانية وثمانين جزءاً وبطريق الباب تضرب الخارج بعضها في بعض تكون مائة وعشرين تنقصها واحداً يبقى مائة وتسعة عشر فهذا المقسم عليه ثم تنقص الاثنين واحداً وتضربه في ثلاثة ثم تزيد واحداً وتضربها في أربعة تكن ستة عشر تنقصها واحداً وتضربها في خمسة تكن خمسة وسبعين فهذه وصية المم تضربها في عشرة ثم تقسمها على تسعة عشر تكن ستة وثلاثين جزءاً ثم تنقص الثلاثة واحداً وتضربها في أربعة وتزيد واحداً وتضربها في خمسة تكن خمسة واربعين تنقصها واحداً وتضربها في اثنين تكن ثمانية وثمانين فهذه وصية الحال ثم تنقص الاربعة واحداً وتضربها في خمسة عشر وتزيد واحداً وتضربها في اثنين تكن اثنين وثلاثين تنقصها واحداً وتضربها في ثلاثة تكن ثلاثة وتسعين فهذه وصية الجد ثم تنقص الخمسة واحداً وتضربها في اثنين تكن ثمانية وتزيد واحداً وتضربها في ثلاثة تكن سبعة وعشرين تنقصها واحداً وتضربها في أربعة تكن مائة وأربعة فهي وصية الاخ وفي ذلك تضرب العدد الذي مع كل واحد منهم وتقسمه على تسعة عشر فالخارج بالقسم هو وصيته ولو وصى لعمه بمشرة ونصف وصية خاله ولخاله بمشرة وثالث وصية عمه كانت وصية المم ثمانية عشر ووصية الحال

فهو أعلم فان ادعى رجلاً ديناً على الميت وأقام بينة فهل يجوز للوصي قبولها وقضاء الدين بها من غير حضور حاكم؟ فكلام أحمد يدل على روايتين (أحدهما) لا يجوز الدفع اليه بدعواه إلا أن تقوم بينة فظاهر هذا أنه يجوز الدفع بالبينة من غير حكم حاكم لأن البينة حجة له وقال في موضع آخر إلا أن ثبت بينة عند الحاكم بذلك فاما ان صدقهم الورثة قبل لانه اقرار منهم على أنفسهم

(مسئلة) (وتصح وصية الكافر الى المسلم إذا لم تكن تركته خمرأً او خنزيراً لان المسلم مقبول الشهادة عليه وعلى غيره فاما وصية الكافر الى الكافر العدل في دينه ففيها وجهان (أحدهما) تصح الوصية اليه وهو قول أصحاب الرأي لانه يلي بالنسب فيلي بالوصية كالمسلم والثاني لا يصح وهو قول أبي ثور لانه فاسق فلم تصح الوصية اليه كفاسق المسلمين ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين فان لم يكن الكافر عدلاً في دينه لم تصح الوصية اليه لان عدم العدالة في المسلم تمنع صحة الوصية اليه فالكافر أولى

(مسئلة) (إذا قال ضع ثلثي حيث شئت أو أعطه من شئت لم يجوز له أخذه ولا دفعه إلى ولده ولا والده)

قال أحمد اذا كان في يده مال للمساكين وأبواب البر وهو محتاج اليه فلا يأكل منه شيئاً إنما أمر بتنفيذه، وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو ثور وأصحاب الرأي اذا قال الموصي جعلت لك أن تضع ثلثي حيث شئت أو حيث رأيت فله أخذه لنفسه ولولده ويحتمل أن يجوز ذلك عندنا أيضاً لان لفظ الموصي يتناوله ويحتمل أن ينظر الى قرائن الاحوال فان دلت على أنه أراد أخذه منه مثل أن يكون من حملة المستحقين الذين يصرف اليهم ذلك أو عادته الاخذ من مثله فله الاخذ منه والا فلا ،

سنة عشر وبها أن تضرب أحد المخرجين في الآخر وانقصه واحداً فهو المقسوم عليه ثم تزيد مخرج النصف واحداً وتضربه في مخرج الثلث ثم في عشرة تكن تسعين مقسومة على خمسة عشر تكن ثمانية عشر ثم تزيد مخرج الثلث واحداً وتضربه في مخرج النصف ثم في عشرة تكن ثمانين مقسومة على خمسة فإن كان معها آخر ووصى للخال بعشرة وربع وصيته ووصي له بعشرة وربع وصية المم ضربت المخرج ونقصتها واحداً تكن ثلاثة وعشرين فهي المقسوم عليه ثم تزيد الاثنين واحداً وتضربها في ثلاثة تكن تسعة فزدها واحداً وتضربها في أربعة تكن أربعين في عشرة ثم اقسما مخرج سبعة عشر وتسعة أجزاء فهي وصية المم ثم تصنع في الباقي كما ذكرنا فتكون وصية الخال أربعة عشر وثمانية عشر جزءاً ووصية الثالث أربعة عشر وثمانية أجزاء وإن شئت بعد ما علمت وصية المم فاضرب الزائد من وصيته في اثنين فهو وصية الخال واضرب الزائد عن العشرة من وصية الخال في ثلاثة فهي وصية المم ومتى عرفت ما مع واحد منهم أمكنك معرفة ما مع الآخرين والله أعلم وهذا الذكر من هذا الفن مكفي فإن الحاجة إليه قليلة وفروعه كثيرة طويلة وغيرها أهم منها والله تعالى يوفقنا لما يرضيه أنه على ما يشاء تقدير .

ويحتمل أن له إعطاء ولده وسائر أقاربه إذا كانوا مستحقين دون نفسه لأنه ما مور بالتفريق وقد فرق فيمن يستحق فأشبه الدفع إلى الأجنبي .

ولنا أنه عليك ملكك بالاذن فلا يجوز أن يكون قابلاً لو وكله في بيع سلعة لم يجز بيعها من نفسه

﴿مسألة﴾ (وإن دعت الحاجة إلى بيع بعض العقار لقضاء دين أليت أو حاجة الضار وفي

بيع بعضه نقص فله البيع على الكبار والصغار)

وقال أبو حنيفة وابن أبي ليلى يجوز البيع على الصغار والكبار فيما لا بد منه وكذلك إن كان جميعهم كباراً وهناك دين أو وصية وقيل لا يملك أن يبيع إلا ما يخص الصغار ويقدر الدين والوصية ولنا أنه وصي يملك بيع بعض التركة فذلك يبيع جميعها كما لو كان جميع الورثة صغاراً وكان الدين يستغرق التركة ولأن الوصي قائم مقام الأب ولأن أن يبيع الجميع ولأنه لما جاز بيعها في الدين المستغرق جاز بيعها فيما لا يستغرق كالعين المرهونة ولأن في بيع البعض نقصاً على الصغار فيعين بيع الجميع دفناً للضرر عنهم ويحتمل أن لا يجوز البيع على الكبار ، وبه قال الشافعي ، وهو أقبح إن شاء الله تعالى لأنه لا يجب على الإنسان بيع ملكه ليزداد ثمن ملك غيره كما لو كان شريكهم غير وارث ، وهذا اختيار شيخنا ، وهو الصحيح والله سبحانه وتعالى أعلم .

تم بحمد الله وعونه الجزء السادس من كتابي المغني والشرح الكبير

وبلغه بمشيئة الله وتوفيقه الجزء السابع منهما وأوله (كتاب الفرائض)

فهرس محتويات الجزء السادس من كتابي المغني والشرح الكبير

صفحة	كتاب الاجارات	صفحة
٢٧	حكم ما إذا حدث للعين المؤجرة ما يمنع نفعها كدار انهدمت	٣
٢٨	حكم غصب العين المستأجرة	٤
٣٠	الاطلاع على عيب في العين المؤجرة	٥
٣١	ما يجب على المكري فعله لاجل تمكين المكثري من الانتفاع	٦
٣٢	إذا شرط على مكثري الحمام أو نحوه أن مدة تعطيله عليه لم يصح	٧
٣٣	جواز استئجار الأدي لعمل شيء بينه وما فيه من الأحكام	٨
٣٤	أقسام استئجار الأدي وأحكامها	٩
٣٥	الاستئجار لحفر الأنهار والآبار	١٠
٣٦	الاستئجار للبناء وتطين السطوح والحيطان	١١
٣٧	الاستئجار لكتابة المصحف وحصاد الزرع	١٢
٣٨	الاستئجار لاستيفاء القصاص في النفس فما دونها	١٣
٣٩	استئجار الرجل ليدله على الطريق	١٤
٤٠	استئجار السمسار لشراء الثياب وبيعها	١٥
٤١	جواز استئجار من يخدمه كل شهر بشيء معلوم	١٦
٤٢	بقاء الاجارة عند موت المكري أو المكثري أو كليهما	١٧
٤٣	فروع في موت المكثري	١٨
٤٤	حكم ما إذا أجز الموقوف عليه الوقف مدة ومات في أثناءها	٢٠
٤٥	اجارة الولي الصبي أو ماله مدة ثم بلغه في أثناءها	٢١
٤٦	اجارة العبد مدة ثم اغتاقه في أثناءها	٢٢
٤٧	فروع في صحة بيع العين المؤجرة	٢٤
٤٨	حكم شراء المستأجر للعين المؤجرة أو ميراثه لها	٢٥
		بالعين المؤجرة

صفحة	صفحة
٧٣ جواز استئجار الظن بطعامه وكسوتها	٤٩ شراء المستأجر للعين المؤجرة ثم ردها بالعيب
٧٤ بيان المعقود عليه في الاجارة للرضاع هل هو اللبن أو الخدمة	٥٠ انفساخ الاجارة بتلف العين المؤجرة
٧٥ للرجل أن يؤجر الامة والمديرة ونحوهما للرئاسة	٥١ للمستأجر إسكان غيره في عقار استأجره للسكنى
٧٦ استئجار الرجل أخته أو بنته لرضاع والده	٥٢ للمكترى أن يركب غيره ظهراً أو كتره للركوب
٧٧ اعطاء المرضعة عند الفطام عبداً أو أمة	٥٣ جواز اجارة العين المؤجرة بعد قبضها
٧٨ كراء الدابة إلى موضع ثم مجاوزته	٤٤ فروع في اجارة العين المستأجرة
٧٩ وجوب قيمة الدابة المؤجرة اذا تلفت	٥٥ اجارة العين المستأجرة بمثل الاجرة وزيادة
٨٠ استئجار الارض الفارقة بالماء لا يجوز	٥٦ جواز استيفاء مثل المنفعة وما دونها
٨١ كراء الدابة لمولة شيء ثم الزيادة عليه	٥٧ كراء الدابة لركوبها في طريق ثم العدول إلى طريق أخرى
٨٣ كراؤها إلى مسافة من طريق ثم سلوك أشق منها	٥٨ جواز كراء القميص للبس واستئجار الارض للزرع أو الفرس
٨٤ كراء الدابة لحمل قفيزين ثم ظهور أنهما ثلاثة	٥٩ فروع في كراء الارض للزرع والفرس ونحوهما
٨٥ كراؤها مدة النزاة لا يصح الا أن سمي لكل يوم شيئاً معلوماً	٦١ الارض المكتراة للزرع ونحوه وأقسامها
٨٦ استئجار الدابة في عشرة أيام بعشرة دراهم	٦٢ الارض التي يكون مجيء الماء اليها نادراً أو غير ظاهر
٨٧ تفاوت الاجرة في خياطة اثوب بالاسراع والبطء	٦٣ كراء الارض الفارقة بالماء
٨٨ تفاوت الاجرة في الحمل بقرب المسافة وبعدها	٦٤ انتهاء مدة اجارة الارض وفيها زرع لم يبلغ حصاده
٨٩ مسائل الكراء لحمل الصبرة وأحكامها	٦٥ كراء الارض للزرع مدة لا يكمل فيها
٩١ الكراء للحمل واشتراط معرفة الماندين ما عقدا عليه	٦٦ كراء الارض للفراس مدة سنة
٩٢ ما ينبغي معرفته للمكري والمكترى في الكراء للحمل	٦٧ قلع الفراس والبناء من الارض المؤجرة عند اطلاق المقد عن المدة
٩٣ الحمل الى مكان لا اختيار لهما في السير في طريقه	٦٨ استئجار الاجير بطعامه وكسوته وجوازه
٩٤ اشتراط حمل زادمة قدر كانه رطل	٧٠ اشتراط الاجير كسوة وثيقة معلومة موصوفة
٩٥ بيان ما يلزم المكري والمكترى للركوب	٧١ الاستئجار في بيع الثوب بضمن معلوم وما زاد يكون للبائع
٩٦ كراء الظن في طريق العادة النزول فيه	٧٢ حصد الزرع وصرم النخل بسدس ما يخرج منه
٩٧ هروب الجمال في بعض الطريق المؤجر على الحمل فيها	

صفحة	صفحة
٩٩ كراء العقبة أو العقبة وصحنه ومناه	١٢٥ استئجار الطيب للدواوة
١٠٠ كون معرفة الراكين بالوصف تقوم مقام رؤيتها	١٢٦ سقوط الضمان عن الراعي إذا لم يتعد
١٠١ اكتراء الابل والدواب للحمولة وجوازها	١٢٧ كون العقد في الرعي إنما يصح على مدة معلومة
١٠٢ جواز كراء الدابة للعمل	١٢٨ فروع في استئجار الراعي للرعي
١٠٣ استئجار البهيمة لإدارة ائرحي	١٢٩ جواز إجارة كل عين يمكن الاتفاع بها منفعة مباحة
١٠٤ ما يجب حصوله في استئجار البهيمة لإدارة	١٣٠ جواز إجارة الدرام والدنانير للوزن والتحلي
الدولاب	وعدده
١٠٥ تقسيم الاجير الى خاص ومشارك وحكم كل	١٣١ استئجار الشجر والتخل للنشر عليها والغنم
منهما في الضمان وغيره	للداس
١٠٧ أما يضمن الاجير المشترك إذا كان يعمل في	١٣٢ جواز إجارة الدار مسجداً أو البئر للسقي
ملك نفسه	١٣٣ أقسام ما لا يجوز إجارته
١٠٨ بيان الاجير الخاص وكونه يضمن بالتعدي	١٣٤ عدم جواز إجارة ما منفته محرمة
١٠٩ ائتلاف الصانع الثوب بعد عمله	١٣٥ الاستئجار لكسح الكتف وحمل الحجر والمينة
١١٠ فعل الاجير خلاف ما أمر به	١٣٦ عدم جواز إجارة الدار لاتخاذها كنيسة
١١١ ضمان الخياط للثوب إذا فعل غير ما أمر به	والقول بجواز ذلك
١١٢ فروع في ائتلاف الخياط مع صاحب الثوب	١٣٧ عدم جواز إجارة المشاع لغير الشريك
١١٣ بيان من يكون القول قوله في ائتلافها في	١٣٨ حكم إجارة المصحف وحكم إجارة المسلم للذي
خياطة الثوب	١٣٩ جواز إجارة المسلم للذي للعمل لا للخدمة
١١٤ بيان الوقت الذي يبرأ فيه من استؤجر على	١٤٠ حكم أخذ الاجرة على تعليم القرآن
عمل في عين	١٤١ جواز أخذ الاجر على الرقة
١١٥ حكم تلف العين من حرز الاجير المشترك	١٤٢ جواز أخذ الاجر على القرآن من غير شرط
١١٦ حكم تلف الثوب إذا حبسه الاجير على استيفاء	وعدم جوازه على الشرط
الاجر	١٤٣ حكم إجارة ما لا يختص فاعله أن يكون من أهل
١١٧ ضمان القصار للثوب إذا دفعه إلى غير مالكة	القربة
١١٨ اشتراط المؤجر على المستأجر ضمان العين لا بهج	١٤٤ حكم ما إذا اختلف المؤجر والمستأجر في مدة
١١٩ للمستأجر ضرب الدابة بقدر ما جرت به العادة	الإجارة
١٢٠ سقوط الضمان عن الحجام والحنان والطبيب	١٤٥ حكم دفع الثوب إلى خياط أو قصار من غير
١٢١ جواز استئجار الحجام وإباحة أجره	عقد ولا شرط
١٢٢ الاستدلال على إباحة أجر الحجام	١٤٦ حكم من استؤجر لحمل كتاب إلى مكة أو غيرها
١٢٣ استئجار الحجام لغير الحجام واستئجار الكحال	١٤٧ ﴿ كتاب إحياء الموات ﴾
١٢٤ فروع في استئجار الكحال ليكحل العين	١٤٨ الارض التي لا يعرف مالكم الا بملك الإبل أحياء

صفحة	صفحة
١٤٩	عده جواز إحياء الأرض التي لها مالك
١٥٠	استواء المسلم والذمي في الأحياء
١٥١	لا يجوز إحياء ما قرب من العامر مما يتعلق بمصالحه
١٥٢	ما فتح من البلاد غنوة وما أسلم عليه أهله
١٥٣	سواء في أحكام الأحياء
١٥٤	لا يملك الموات بالتحجير لكن بالأحياء
١٥٥	من مات فوارثه أحق به
١٥٦	للإمام أن يقطع الموات لمن يحبه
١٥٧	لا يملك المادان الظاهرة بالأحياء
١٥٨	الأحياء الذي يملك به
١٥٩	من أحيأ أرضاً فملكها فظهر فيها معدن فهو له
١٦٠	إذا كان في الموات موضع يمكن فيه معدن ملك بالأحياء
١٦١	من عمل في معدن غيره بنهر إذنه فاحصله منه فهو لملكه
١٦٢	السابق إلى معدن في الموات يكون أحق بما ينال منه
١٦٣	لا يصح إحياء الشوارع والطرقات بين العمران مطلقاً
١٦٤	بيان القناتم وأقسامها وأحكامها
١٦٥	امتناع إقطاع ما لا يجوز إحياءه
١٦٦	بيان الحمى ومعناه وحكمه وكونه لا يكون إلا لله ورسوله
١٦٧	امتناع نقض ما سماه النبي (ص)
١٦٨	بيان أحكام المياه والسقي بها وأقسامها
١٦٩	حكم الماء الجاري في نهر مملوك وأقسامه
١٧٠	بيان حريم أنهر وحريم البئر وحكمها وقسمة الماء بين الشركاء
١٧١	فروع في تقسيم الماء المشترك
١٧٢	تقسيم ماء النهر بالمهاياة وجوازه
١٧٣	ملك الماء بملك منبعه. الماء الجاري في نهر غير مملوك
١٧٤	إصلاح النهر المشترك بين جماعة يكون على حسب ملكهم فيه
١٧٥	معنى إحياء الأرض وبأي شيء يكون الأحياء
١٧٦	ما يحصل به إحياء الحظيرة لآدم أو لأخشب ونحوهما
١٧٧	بيان أنواع الآبار وحريم كل نوع منها
١٧٨	ما يشترط في إحياء البئر وملكها
١٧٩	امتناع حفر بئر ينسرق إليها الماء من بئر غيره
١٨٠	كون إحياء الموات لا يقتصر إلى أذن الإمام
١٨١	كتاب الوقوف والعطايا
١٨٢	قول أبي حنيفة بجواز رجوع الواقف ونخافة سائر أهل العلم له
١٨٣	الفرق بين الصدقة والوقف
١٨٤	لا يشترط القبول من الموقوف عليه
١٨٥	الفرق بين الوقف والهبة
١٨٦	الفاظ الوقف ثلاثة صريحة وثلاثة كناية
١٨٧	الوقف يحصل بالفعل مع القرائن في مذهب أحد
١٨٨	الوقف لا يحصل بمجرد التحويل والنية
١٨٩	إذا وقف وقفاً وشرط أن ينفق منه على نفسه صح
١٩٠	لا بأس على من ولي الوقف أن يأكل منه أو يطعم صديقاً
١٩١	إذا شرط أن يبيع الوقف أو يهبه أو يرجع فيه لم يصح
١٩٢	فروع في الوقف
١٩٣	ترتيب الواقف بمض الموقوف عليهم دون بعض
١٩٤	فروع في الوقف على الأولاد ثم أولادهم وهكذا
١٩٥	الوقف على الأولاد على أن من مات فنصيبه لولده أو لأهل الوقف
١٩٦	الوقف على البنين وأولاد البنين معاً
١٩٧	الوقف على أولاده أو أولاد غيره وفيهم حمل
١٩٨	الوقف على الأولاد واعقابهم ونسلهم ومن يدخل في ذلك

فهرس الجزء السادس من كتابي المغني وانشرح الكبير

صفحة	صفحة
٢٠٧ كون ولد البنت لا يدخل في الوقف على ولد	٢٣٠ في مسجد آخر
٢٠٨ ولد الولد	٢٣٠ جناية العبد لا يحملها العاقلة
٢٠٩ الوقف على اولاد رجل وأولاد أولاده	٢٣١ الامة الموقوفة يجوز تزويجها
٢٠٩ السنة في قسمة الوقف على الاولاد أن تكون	٢٣٣ ليس للموقوف عليه وطه الامة الموقوفة
٢١٠ على حسب قسمة الميراث	٢٣٣ إذا حصل في يد بعض أهل الوقف خمسة
٢١٠ تقسيم الوقف على حسب تقسيم الميراث	أوسق ففيه الزكاة
٢١١ الوقف على قوم ونسبهم ثم على المساكين	٢٣٤ يصح الوقف على القبيلة العظيمة
ومعنى المسكين والفقير	٢٣٥ لا يجوز وقف مالا ينتفع به إلا بأئلافه
٢١٢ الوقف على سبيل الله أو ابن السبيل أو الرقاب	٢٣٦ لا يصح وقف الشمع ونحوه لأنه يتألف بالانتفاع به
أو الغارمين	٢٣٧ كل ما جاز بيعه جاز وقفه
٢١٣ الوقف على سبيل الله وسبيل الثواب وسبيل الخير	٣٨ يصح وقف المشاع
٢١٤ تقسيم الوقف إلى معلوم الابتداء والانتفاء	٢٣٩ إذا لم يكن الوقف على معروف أو بره وباطل
وإلى منقطع ومعنى كل وحكمه	٢٤٠ لا يصح الوقف على غير معين
٢١٥ أحكام الوقف المنقطع وهل يصح وإلى من يصرف	٢٤١ لا يصح الوقف على من لا يملك كالعبد القن
٢١٧ إن لم يكن للواقف أقارب أو انقضى اصراف	٢٤٢ النظر في الوقف لمن شرطه الواقف
الوقف إلى الفقراء والمساكين	٣٤٣ انظر في الوقف على المساكين والمساجد للحاكم
٢١٨ ان وقف على من يجوز الوقف عليه ومن	٢٤٤ إذا كان ناظر الوقف غير الموقوف عليه وهو
لا يجوز صح	فاسق ضم إليه أمين
٢١٩ الوقف في مرض الموت كالعتق والهبة في اعتباره	٢٤٥ نفقة الوقف من حيث شرط الواقف
من الثلث	٢٤٦ (كتاب الهبة والعتبة)
٢٢٠ جواز تعاقب الوقف على شرط	٢٤٧ اتفاق الخلفاء الراشدين على أن الهبة لا
٢٢١ لا يصح الوقف في المرض على بعض الورثة	تجوز إلا مقبوضة
٢٢٢ الرواية الثانية بجواز الوقف في المرض على	٢٤٨ كون الواهب بالخيار قبل القبض
بعض الورثة	٢٤٩ بطلان الهبة بموت الواهب أو الموهوب له
٢٢٣ فروع في الوقف	قبل القبض
٢٢٥ إذا خرب الوقف بيع بمضه تعمير بقيته	٢٥٠ سقوط القبض إذا كان الموهوب في يد المتهب
٢٢٦ قول محمد بن الحسن إن الوقف إذا خرب عاد	٢٥١ هبة غير المكيل والموزون ولزومها بدون القبض
إلى ملك واقفه	٢٥٢ اشتراط القبول فيها لا يلزم القبض فيه
٢٢٧ إذا لم تستطع مصلحة الوقف بالسكينة لا يجوز بيعه	٢٥٣ بيان ما يحصل به القبض في غير المنقول
٢٢٨ لا يجوز غرس شجرة في المسجد	٢٥٥ بطلان الهبة فيها لا يمكن تسليمه كالعبد الا بيق
٢٢٩ ما فضل من حصر المسجد وزينه يجوز أن يحمل	٢٥٦ بطلان هبة الجهول وتعليق الهبة بشرط

صفحة	صفحة
٢٥٧ أحكام هبة الدين لمن هو في ذمة أو لغيره ٣٠٥ العمري للذي أعرها حياً وميتاً	
٢٥٨ بيان من يقبض الهبة للصبي وبطلان قبضه لنفسه ٣٩٦ دعوى إجماع أهل المدينة على عدم جواز العمري	
٢٦٠ هبة الأب لابنه وقيامه مقامه في انقبض والقبول ٣٠٧ أحكام الاشتراط في العمري	
٢٦٢ المفاضلة بين الأولاد في العطية وحكمها ٣٠٨ العمري التي أجازها رسول الله ﷺ	
٢٦٣ تخصيص بعض الأولاد بالعطية أو تفضيله ٣٠٩ ماهية الرقبي	
٢٦٤ استحباب التسوية في عطية الأب لابنائه ٣١٢ تصح العمري في غير العنار من الحيوان والياب	
٢٦٤ تخصيص بعض الأولاد بالعطية لمعنى يقتضي ذلك ٣١٣ لا يصح تأقيت الهبة	
٢٦٧ كيف تقسم العطية ؟ ٣١٥ الهبة الفاسدة	
٢٦٨ توجيه تفضيل الذكر على الأنثى في العطية ٣١٨ كتاب اللقطة	
٢٦٩ عدم وجوب التسوية بين الأقارب في الاعطاء ٣١٩ هل الأفضل أخذ اللقطة أو تركها	
٢٧١ أمر النبي (ص) بالرجوع في الهبة ٣٢٠ مقدار تعريف اللقطة	
٢٧٢ الاستشهاد على أن الأولى عدم التفاضل ٣٢١ بيان الزمان الذي تعرف فيه اللقطة	
٢٧٣ الولد من كسب الرجل ٣٢٢ المكان الذي تعرف فيه اللقطة وبيان من يتولى ذلك	
٢٧٤ شروط الرجوع في الهبة ٣٢٤ حكم ما إذا أخرج التعريف في الحول الأول	
٢٧٥ الشرط الثاني أن تكون العين باقية ٣٢٦ جواز تلك اللقطة بعد التعريف إذا لم تعرف	
٢٧٧ الشرط الثالث للرجوع في الهبة ٣٢٨ كون اللقطة أعما ذلك ملكاً مراعى بزول	
٢٧٨ الشرط الرابع للرجوع الهبة بمجيء صاحبها	
٢٨٠ تقريب في رجوع الهبة ٣٢٩ كل ما جاز التقاطه ملكاً بالتعريف عند عامه	
٢٨٢ كيفية الرجوع في الهبة ٣٣٠ عموم ملك اللقطة للأمان وغيرها	
٢٨٤ أحكام التفضيل بين الأولاد في العطايا ٣٣٢ استواء لقطة الحل والحرم في الأحكام	
٢٨٧ استحباب ترك القسمة بين الأولاد ٣٤٣ حفظ وكاء اللقطة وعفاها وعددها وصفاتها	
٢٨٨ جواز أخذ الأب من مال ولده ما شاء ٣٣٥ الأشهاد على اللقطة عند وجودها	
٢٩١ امتناع مطالبة الابن بدين على أبيه ٣٣٦ دفع اللقطة لربها إذا وصفها بلا بينة	
٢٩٢ أحكام تصرف الأب في مال ابنه قبل ملكه ٣٣٧ إذا وصف اللقطة اثناً أقرع بينهما	
٢٩٤ امتناع أخذ مال الغير بغير إذنه ٣٣٨ إذا دفع مال غيره إلى غير مستحقه ضمنه	
٢٩٥ أحكام الرجوع في الهبة والهدية ٣٤٠ من قال لأعك اللقطة بحال لم يضمنها الملتقط	
٢٩٦ انقضاء الرجوع في الهبة والاحاديث فيه ٣٤٣ من اصطاد سمكة فوجد فيها ذرة فهي له	
٢٩٧ ما وجبه الإنسان لذوي رحمه الحرم للرجوع فيه ٣٤٥ فروع في اللقطة	
٢٩٨ امتناع رجوع التصدق في صدقة ٣٤٨ تفصيل في اللقطة وتعريفها وما لها	
٢٩٩ كون الهبة المطلقة لا تقتضي ثواباً ٣٥٠ الجمالة جائزة في رد الضالة والابق وغيرهما	
٣٠٢ باب العمري والرقبي وغيرها	٣٥١ الفرق بين العوض والعمل في العير والجمالة

فهرس الجزء السادس من كتابي المغنى والشرح الكبير

صفحة	صفحة
٣٥٣ فروع في أحكام اللقطة	٣٩٨ الكلام على القافة وكيفية الالتاق
٣٥٥ إذا رد العبد الأبق استحق الجعل برده	٣٩٩ تجريب القائف للاختياط في الالتاق
٣٥٧ يجوز أخذ الأبق لمن وجده	٤٠١ إذا ادعى اللقيط اثنان فألحقه القافة بهما لحق
٣٥٨ من رد اللقطة لعله الجعل لم يحجز له أخذه	٤٠٢ يباح للقيط بمن ألحقه القافة وإن كثروا
٤٥٩ إذا وجد اللقطة سفيه أو طفل عرفها وليه	٤٠٤ فروع في ادعاء اللقيط
٣٦١ استواء المسكاتب والحر في اللقطة وأحكامها	٤٠٩ أحكام اقرار اللقيط بالرق بعد نكاحه
٣٦٣ إباحة التقاط الشاة بالمصر وبالمملوكة	٤١٢ تصرف اللقيط بالبيع والشراء
٣٦٥ ثبوت قيمة اللقطة في ذمة اللانط إذا أكلها	٤١١ ثبوت القود على اللقيط إذا جنى جناية موجبة
٣٦٦ اللقطة التي لا تبقى عاما وأنواعها وأحكامها	٤١٤ للقصاص
٣٦٨ حكم البقر والخلاف في كونها كالابل أو الشاة	٤١٥ استعجاب الوصية بحجزه من المال
٣٦٩ للإمام أو نائبه أخذ الضالة على وجه الحفظ لصاحبها	٤١٦ الأولى للموصي أن لا يستوعب اثنان بالوصية
٣٧٠ امتناع أخذ الضوال لغير الإمام أو نائبه	٤١٨ الافضل جمل وصيته لأقاربه الذين لا يرون
٣٧٣ حكم التقاط العبد الصغير أو الجارية	٤١٩ لا يجوز الوصية لو ارث إلا أن يحجز ذلك الورثة
٢٧٥ كتاب اللقيط ومناه ووجوب التقاطه	٤٢٠ فروع في الوصية
٢٧٦ الحكم بسلام اللقيط وكونه ظاهراً لا يقيناً	٤١٥ أحكام الوصية بائنت لو ارث وأجنبي
٣٧٧ جناية اللقيط وتحمل بيت المال لها	٤٢٦ الوصية بأكثر من الثلث لغير الوارث
٣٧٨ قذف اللقيط وإقامة الحد عليه	٤٢٧ حكم الوصية لغير الوارث
٣٧٩ نفقة اللقيط من بيت المال إذا لم يوجد مع شيء	٤٢٨ إنما يتبر رد الورثة وإجازتهم بعد الموت
٣٨٢ حكم ما يوجد مع اللقيط من مال وغيره والاتفاق عليه منه	٤٢٩ الوصية بأكثر من اثنان وإجازة الوارث لها
٣٨٣ كون ولاء اللقيط لسائر المسلمين	٤٣٢ فروع في عتق الامة ثم تزوجها
٣٨٥ حكم لقط من هو مستور الحال	٤٣٤ فروع في الوصية
٣٨٦ سفر الامين باللقيط إلى مكان يقيم به	٤٣٦ لا تصح الوصية لميت
٣٨٧ ليس للعبد التقاط الطفل المنبوذ إذا وجد غيره	٤٤٠ لا يملك الموصي له الوصية إلا بالقبول
٣٨٩ حكم ما إذا رآه اثنان فسبق أحدهما فأخذه	٤٤٣ فصل فيما يختلف من الفروع باختلاف المذهبين
٣٩٠ اختلاف اللقطين وادعاء كل واحد أنه هو الا لقط	٤٤٤ صحة الوصية مطلقة ومقيدة
٣٩١ اختلاف المسلم والكافر في ادعاء نسب اللقيط	٤٤٥ حكم الوصية بسهم من المال والا قوال فيها
٣٩٣ ترجيح دعوى المرأة على الرجل في اللقيط والعكس	٤٤٨ الوصية بمثل نصيب أحد الورثة
٣٩٤ فصول فيما إذا ادعى المقيط اثنان فصاعداً	٤٥٠ فروع في الوصية بمثل نصيب الوارث أو ضعفه
٣٩٦ الشبه لا يكفي في ادعاء الولد	٤٥٧ تقسيم الوصية
٣٩٧ اثبات النسب بالشبه	

صفحة	صفحة
٥٣١	٤٦١ الاستثناء في الوصية
٥٣٥	٤٦٥ حكم ما إذا لم يحجز الورثة الوصية
٥٣٧	٥٦٧ فروع في الاجازة والرد
٥٣٩	٤٦٩ إذا أوصى لولد فلان فهو للذكر والابن بالسوية
٥٤٠	٤٧١ ألفاظ المجموع على أربعة أضرب
٥٤٢	٤٧٢ لفظ الأيامي كالأرامل
٥٤٤	٤٧٣ الوصية للجماعة لا يمكن حصرهم كالقبيلة العظيمة
٥٤٥	٤٧٥ صحة الوصية للحمل والوصية به
٥٥٠	٤٧٧ الوصية بشجرة أو غلة الدار
٥٥٢	٤٨٩ حكم نفقة العبد الموصى بخدمته ونحوه
٥٥٣	٤٨٢ حكم ما إذا قتل العبد الموصى به
٥٥٥	٤٨٣ الوصية لرجل بعين من مال ثم الوصية به لآخر
٥٥٨	٤٨٥ الرجوع عن الوصية لبشر وجعلها لبكر
٥٥٩	٤٨٨ الحكم بثبوت الوصية بكتابتها دون الاشهاد عليها
٥٦١	٤٨٩ كتابة الوصية والاشهاد عليها
٥٦٣	٤٩١ العطية في مرض الموت من الثلث
٥٦٧	٤٩٢ الاشياء التي تماثل الوصية فيها المطايا
٥٦٩	٤٩٤ العتق والحياة
٥٧٥	٤٩٥ إذا ملك المريض من يعتق عليه بغير عوض عتق
٥٧٦	٤٩٧ مسائل في تملك الرجل من يعتق عليه
٥٧٧	٤٩٨ حكم ما إذا اشترى المريض أباه
٥٨١	٥٠٤ مالزم المريض في مرضه من حق فهو في رأس المال
٥٨٤	٥٠٦ أقسام الامراض الخوفة وغيرها وأحكامها
٥٨٥	٥١٣ فروع في العتق
٥٨٦	٥١٥ فصل في الحياة في المرض
٥٨٨	٥١٨ حكم الخلع في المرض بأكثر من مهر المثل
٥٩١	٥١٩ فروع في الحياة
٥٩٢	٥٢٠ فصل الهبة
٥٩٣	٥٢٥ جنابة أحد العبدین المعتقین على الآخر
	٥٢٧ فروع في وصية الصبي وحكمها
	٥٢٨ وصية الطفل والمجنون والمجهور عليه للسفه

